

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

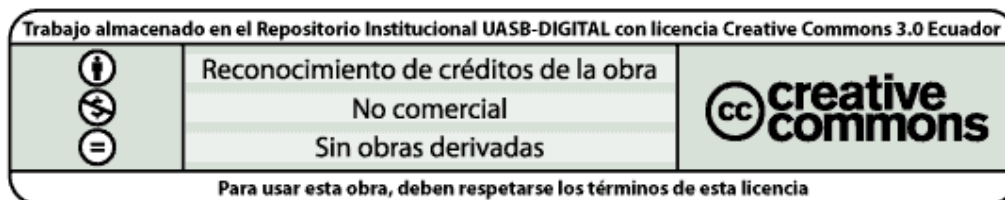
Programa de Maestría en Derecho de la Contratación Pública

**Problemática jurídica en torno a las garantías contractuales
en los contratos interadministrativos**

Autora: Cristina Valeria Torres Vega

Tutora: Inés María Baldeón Barriga

Quito, 2017



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Cristina Valeria Torres Vega, autora de la tesis intitulada “Problemática jurídica en torno a las garantías contractuales en los contratos interadministrativos”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autora de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 04 de septiembre del 2017

Firma:

Resumen

La problemática jurídica gira en torno a la falta de exigencia de las garantías contractuales en las contrataciones interadministrativas a causa de la indebida aplicación tanto del artículo 2 numeral 8 como del artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Se iniciará tratando al contrato interadministrativo para diferenciarlo del convenio interadministrativo; y se continuará con el análisis de las garantías para conocer la importancia y clasificación del régimen especial. Al respecto se analizaron dos casos prácticos: en el ámbito nacional y en el ámbito internacional, los mismos que reflejan la necesidad que tienen las entidades públicas frente a este requerimiento; debido a que nuestro país no cuenta con aquellos instrumentos jurídicos que permitan exigir dicho cumplimiento, poniendo en riesgo el recurso público ecuatoriano.

En este sentido, es importante considerar la clasificación y particularmente la especificidad de las contrataciones que requieren de garantías, no sólo para las contrataciones con empresas públicas de la Comunidad Internacional sino también para el giro específico del negocio; este último, tendría que ser regulado en un artículo diferente, con el propósito de esclarecer su aplicación y así satisfacer las necesidades públicas de mejor forma.

En consecuencia bajo la modalidad de régimen especial se ha identificado varias contrataciones, algunas de ellas, han venido beneficiando a contratistas privados y extranjeros, con recursos públicos ecuatorianos, sin exigirles garantía alguna. Por lo tanto esta investigación pretende que más que una reforma, las garantías permitan exigir de forma rápida y eficaz el cumplimiento de las obligaciones contractuales, con miras a optimizar el recurso público ecuatoriano.

Palabras Clave: Garantía, contrato, contrato interadministrativo, interés público, recurso público.

Agradecimiento

A Dios y la Virgen, por todas las bendiciones recibidas.

A Nick, por ser mi todo e impulsarme a ser cada día mejor.

A mis maestros, por la ayuda y los conocimientos brindados, en especial a mi tutora, Dra. Inés María Baldeón B., por su conocimiento, tiempo, paciencia; permitiendo culminar esta etapa profesional.

Tabla de contenido

Capítulo primero.....	7
Contratos interadministrativos.....	7
1.1.- Contrato interadministrativo	7
1.2.- Naturaleza de los contratos interadministrativos	14
1.3.- Características de los contratos interadministrativos	17
1.4.- Tipos de contratos interadministrativos	19
Capítulo segundo	24
Las garantías contractuales.....	24
2.1.- Las garantías contractuales	24
2.2.- Importancia de las garantías.....	34
2.3.- Ventajas y desventajas de las garantías.....	41
Capítulo tercero	45
Consecuencias jurídicas.....	45
3.1.- Problemática jurídica frente a la ausencia de garantías en los contratos interadministrativos	45
3.1.1.- Análisis del contrato interadministrativo entre la Defensoría del Pueblo y Fabrilfame S. A.....	47
3.1.2.- Análisis del contrato interadministrativo entre el Servicio de Contratación de Obras y China Railway No. 9 Engineering Group Co., Ltd.....	54
3.2.- Propuesta de solución.....	65
4. Conclusiones y Recomendaciones	69
Bibliografía.....	74
Anexo	77

Introducción

La presente investigación surgió de la siguiente pregunta: ¿Por qué debería exigirse garantías contractuales en los contratos interadministrativos?, para esto se analizó a tratadistas nacionales e internacionales para comprender y desarrollar criterios. En este sentido, la inapropiada aplicación del artículo 2 numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública obliga a analizar la naturaleza jurídica del contrato interadministrativo, por lo tanto en el capítulo primero se aborda esta temática diferenciándolo del convenio interadministrativo para conocer las semejanzas y diferencias de estas figuras jurídicas; en el capítulo segundo se estudia a las garantías por cuanto es un instrumento jurídico importante en las compras públicas para exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales y el capítulo tercero es práctico, puesto que se analizaron contratos entre entidades públicas ecuatorianas y un contrato celebrado entre una entidad pública con una empresa pública de la Comunidad Internacional, los mismos que nos permiten razonar sobre la importancia de las garantías y la necesidad que existe en la ausencia de las mismas. Por último esta investigación se ha complementado con información obtenida del Servicio Nacional de Contratación Pública, para comprender y conocer datos estadísticos en el régimen de las contrataciones interadministrativas, contenidas como contrataciones entre entidades públicas y contrataciones con giro específico del negocio.

Esta investigación pretende dar a conocer la importancia de las garantías en las contrataciones interadministrativas, así como las probables consecuencias ante la ausencia para concebir que más que un requerimiento es la seguridad con la que se debe contar para realizar contrataciones públicas responsables y eficientes.

Capítulo primero

Contratos interadministrativos

En el presente capítulo, se busca definir lo que es el contrato interadministrativo, su naturaleza, características y tipos existentes; así como la diferenciación con el convenio interadministrativo; por cuanto el contrato interadministrativo es uno de los pilares fundamentales de esta investigación.

1.1.- Contrato interadministrativo

La Administración Pública tiene como deber principal satisfacer las necesidades del interés público, de tal manera que, para cumplir dicho fin, en el ejercicio de sus potestades se encuentra en la capacidad de contratar obras, bienes y servicios incluidos los de consultoría.

Esto significa que se puede contratar con entidades privadas y públicas; y, si se concibe una contratación entre dos entidades públicas entonces se origina un contrato de tal naturaleza.

En un principio es importante indicar que el contrato se diferencia de la convención por la finalidad del instrumento que persigue cada uno; la legislación chilena ya estableció su diferenciación, indicando que:

La idea básica, y bien conocida –tomada de la teoría general del negocio jurídico–, es que aunque ambos conceptos se identifican con el acuerdo entre partes, la “convención” puede tener por finalidad la creación, la modificación y la extinción de derechos, mientras el “contrato” solo se circunscribe a la creación de dichos derechos. De esta forma, como ya señalaba (Alessandri, 1936, pp. 3 y 4), al establecerse el concepto de “convención”: “quedan comprendidos dentro de esta definición todos los contratos, el pago, la tradición, etc. es una expresión sinónima de acto jurídico bilateral”.¹

Al hablar de contrato interadministrativo, de forma inmediata, nos surge la idea de un acuerdo de voluntades celebrado entre dos entidades públicas; sin embargo para comprender de mejor manera el tratadista colombiano Jorge Enrique Santos indica:

El contrato interadministrativo es aquel que se celebra entre dos entidades públicas con capacidad de generar entre ellas relaciones interadministrativas; destacando que la

¹ Patricio Ignacio Carvajal, “Arts. 1437 y 1438 del Código Civil. “Contrato” y “convención” como sinónimos en materia de fuentes de las obligaciones”, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 34 N° 2, (2007): 289.

particularidad es que el contrato en dicha lógica se forja como un negocio jurídico que produce obligaciones para las partes y al cual acuden las mismas identificadas en calidad de contratante y contratista, pero con diversidad de intereses; sin embargo esta figura jurídica la diferencia del convenio interadministrativo por cuanto en el contrato interadministrativo propiamente dicho quien interviene como contratista incluso como una persona jurídica de naturaleza pública, tiene intereses comerciales y existe en el mercado de forma similar o como lo estaría un particular.²

El autor diferencia el contrato interadministrativo del convenio interadministrativo; esto sirve para aclarar desde un inicio que aunque en derecho comparado se pueda utilizar como sinónimos, son dos figuras jurídicas distintas; la diferencia sustancial radica en el interés de las partes, es decir que el contrato interadministrativo es un negocio jurídico que crea obligaciones mutuas para las partes, mientras que en el convenio interadministrativo existe un interés común con el afán de cooperar. Al respecto hay que considerar que en el contrato interadministrativo una de las partes contratantes se encuentra obligada a realizar una obra, entregar un bien o prestar un servicio a cambio de una contraprestación económica, porque el contrato crea aquella obligación; mientras que en el convenio interadministrativo no necesariamente existe una obligación que genere una contraprestación correlativa a dicha obligación y que tenga necesariamente una valoración económica.

Sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo precedente, es importante manifestar que no existe un análisis profundo respecto a los contratos interadministrativos; no obstante lo que se pretende en la primera parte de esta investigación es comprender las diferencias y semejanzas con otras figuras similares.

Al respecto, el autor Ismael Farrando manifiesta lo siguiente:

Los contratos interadministrativos se caracterizan porque no suponen vínculos a título de colaboración o interrelación en el cumplimiento de funciones administrativas que son de competencia de ambas partes vinculadas, sino que se está frente a un real acuerdo de voluntades, que genera consentimiento y da lugar a una relación contractual.

En el contrato interadministrativo necesariamente debe existir desigualdad de propósitos, diferentes fines, oposición de intereses, voluntades contrapuestas que se combinan para producir un efecto jurídico, caso contrario será, un convenio o una unión, pero no un contrato.³

El autor citado marca con claridad las disimilitudes entre contrato y convenio; permitiendo entender que si la causa, el objeto o el fin, son diferentes, se trata de un

² Jorge Enrique Santos Rodríguez, "Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos", *Revista digital de Derecho Administrativo*, N° 1, (2009): 11.

³ Héctor Escola, *Tratado integral de los contratos administrativos*, (Buenos Aires: Depalma, 1977), 311. Citado por Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002), 131.

contrato más no de un convenio. No se puede dejar de mencionar que incluso se considera que los elementos importantes del contrato interadministrativo son: el acuerdo de voluntades, el consentimiento y la creación de la misma relación contractual, haciendo particular énfasis en la existencia de intereses opuestos; y, sin uno de estos elementos, estaríamos frente a un convenio interadministrativo.

Este concepto permite entender que pese a que intervienen dos entidades públicas, surgen de diferentes maneras; es decir en el contrato interadministrativo habrá intereses totalmente opuestos encaminados a un fin de orden o interés público, mientras que en el convenio interadministrativo existirá una posición de igualdad, porque se encuentran en una sola línea, de manera equitativa, por lo tanto esto es lo que permite de forma principal distinguir el uno del otro.

También el autor nos ayuda a comprender de mejor manera la procedencia de una u otra figura, con esto se supone que en el contrato interadministrativo existe un interés contrapuesto mientras que el convenio interadministrativo nace con un interés igual o similar. No obstante esto lleva a cuestionarse si es posible o no que en un convenio interadministrativo puede llegar a cambiarse su objetivo y fin, ya que con las circunstancias exógenas (cambio de autoridades, crisis económica, política, etc), podría ser que su interés deje de ser similar para convertirse en un interés opuesto al original, controversia sobre la que se profundizará más adelante.

Según la definición dada por el autor citado, cabe analizar que para entender profundamente el contenido del contrato, se debe partir de dos perspectivas: la primera si concebimos al contrato de manera general como una declaración bilateral o por otra parte si le entendemos como un acuerdo de voluntades, definiciones analizadas desde la doctrina como dos perspectivas diferentes, lo cual concuerda con la opinión del autor Ismael Farrando por cuanto para él, las entidades públicas intervinientes en un contrato interadministrativo expresan su real voluntad en la suscripción de este documento, donde dicha voluntad vendría a ser el elemento “sine qua non” del contrato interadministrativo.

Por otra parte, el tratadista Juan Carlos Cassagne indica que el contrato interadministrativo comprende:

La presencia de dos o más sujetos estatales en este tipo de acuerdos le imprime a la contratación una modulación especial, caracterizada por la presencia de prerrogativas exorbitantes al derecho común, que pueden afectar el principio de unidad de acción, que se

vincula, a su vez, con otro principio esencial propio de nuestro Estado federal: la unidad del poder del Estado.

El régimen jurídico que poseen los contratos interadministrativos se caracteriza por algunas notas diferenciales, tales como: a) excepción al requisito de la licitación pública en el proceso de selección; b) inaplicabilidad de multas o sanciones pecuniarias a entidades estatales; c) un particular sistema de solución de conflictos; y d) no rige el principio de estabilidad del acto administrativo cuando las entidades se hallan en una misma esfera de gobierno (nacional o provincial); lo cual tendrá aplicación respecto de los actos de ejecución de un contrato interadministrativo.⁴

El autor hace un estudio más profundo al respecto, primero señala que el contrato interadministrativo goza de prerrogativas exorbitantes al derecho común y sus principios característicos son: el principio de unidad de acción y el de la unidad del poder del Estado.

Por otra parte nos indica que los contratos interadministrativos contienen ciertas características que aplicables a nuestra realidad y a nuestra legislación pretenderían explicar lo siguiente:

- a) Se aplica a un procedimiento de contratación pública en particular, esto sería, en el caso ecuatoriano, uno incluido dentro de los denominados del régimen especial;
- b) En principio, parecería que no se debe aplicar multas, por cuanto no se concibe que el Estado se multe a sí mismo; sin embargo es necesario proteger el recurso público;
- c) Especial sistema de solución de conflictos, de igual manera no podría juzgarse a sí mismo, pero buscaría métodos alternativos de solución de conflictos como por ejemplo la mediación y así proteger el recurso público en juego;
- d) No rige el principio de estabilidad del acto administrativo.

Una particularidad del contrato interadministrativo es gozar de las prerrogativas exorbitantes a diferencia del convenio porque su condición es igualitaria, paritaria, es decir no existe aquella posición similar a la de Administración-administrado.

En efecto para complementar lo anteriormente dicho, Roberto Dromi señala que los “Contratos interadministrativos. Cuando el contratista de la Administración es otro ente público ya sea estatal o no estatal; la ley admite la contratación directa como procedimiento para su elección.”⁵

⁴ Juan Carlos Cassagne, *El contrato administrativo*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005), 37.

⁵ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996), 331.

Destaca que en los contratos interadministrativos intervienen dos partes la una en calidad de contratante y la otra en calidad de contratista, los mismos que son entes públicos estatales o no estatales -los cuales deberán manejar mayoritariamente fondos públicos- y que se regirán en conformidad a lo establecido por la normativa jurídica de cada Estado, en nuestro caso por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y las resoluciones del SERCOP, éstas últimas que ya se encuentran codificadas y actualizadas. Sin embargo aquellas contrataciones directas, no siempre son correctamente empleadas porque puede tergiversarse su utilidad; evadiendo ciertos procedimientos o pasos que podrían perjudicar al Estado y transgredir los principios de la contratación pública. Esta particularidad, será analizada de manera esencial en esta investigación.

En efecto, es imprescindible analizar lo previsto en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el cual se observará con particular énfasis. Para esto la tratadista ecuatoriana Inés María Baldeón transmite lo siguiente:

Dentro de las diferentes contrataciones previstas en el artículo 2 de la LOSNCP, la que será objeto de análisis en el presente artículo es la que está contenida en el numeral 8, que en mi particular criterio tiene una redacción compleja que podría generar confusión, porque, a mi juicio, aborda dos aspectos particularmente diferentes:

1) Por un lado la contratación interadministrativa propiamente dicha que estaría contenida en los dos incisos iniciales del numeral 8 del artículo 2; y, que tiene como particularidad el que tanto los entes contratantes como los contratistas son públicos o manejan recursos públicos mayoritarios.

2) Por otro lado la contratación por giro específico de negocio, que pueden realizar como entes contratantes solo las empresas públicas como tales o las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y que estaría prevista en los dos incisos finales del artículo 2 número 8 de la LOSNCP, que, como tal, en mi criterio, se alejaría del criterio propiamente dicho de contratación interadministrativa.

Lo expuesto en el párrafo precedente lo sostengo, porque si bien -como en todo proceso de contratación pública -el ente contratante debe ser público o manejar recursos públicos mayoritarios, en el régimen de giro específico de negocio, previsto en el artículo 2 número 8 tercer inciso, lo que se requiere es que: a) la entidad contratante sea una empresa pública o una empresa cuyo capital sea mayoritariamente público, o una subsidiaria de éstas; y, b) que la contraparte -contratista- sea un ente privado.

Es decir en el caso del tercer inciso del artículo 2.8 de la LOSNCP, la relación necesariamente requeriría por un lado una empresa pública o mayoritariamente pública como contratante y un contratista necesariamente privado; porque si fuese lo contrario y habrían dos entes públicos interviniendo en calidad de contratante y contratista, ya no estaríamos en el esquema jurídico necesariamente de giro específico de negocio, sino de

una contratación interadministrativa propiamente dicha y en consecuencia ubicados en el número 1 de este análisis (dos incisos iniciales del numeral 8 del artículo 2).⁶

Ahora bien, queda claro que al referirnos a contratos interadministrativos la relación jurídica será entre dos entidades públicas, o una de ellas mayoritariamente manejará fondos públicos, esto es al menos el cincuenta por ciento (50%), recalcando que el giro específico del negocio está fuera de esta concepción de los contratos interadministrativos; y, por indicación y a la vez propuesta de la autora citada, debería ser tratado en un artículo o numeral diferente. Este caso de la tesis será de trascendental importancia ya que la experiencia y profesionalismo de la autora citada, expuestos en su investigación, permitirán dilucidar y aportar con claridad y precisión a esta investigación.

Vale la pena indicar que las entidades públicas son diferentes de las empresas públicas, éstas últimas son de capital público, siendo personas jurídicas distintas sometidas a un régimen diferente.

En tal virtud, se debe analizar con atención lo previsto en los dos incisos iniciales del artículo 2 numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con lo cual queda en evidencia que la pretensión de estudio va directo hacia los contratos interadministrativos. En este sentido el artículo en mención es el origen del problema jurídico, el cual se va a analizar a profundidad en los siguientes capítulos. Así también este estudio se basará en estricto sentido en lo establecido en esta norma jurídica, la misma que dispone:

Artículo 2.- Régimen Especial.- Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el reglamento general a esta ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones: [...]

8.- Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellos con empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; así como también los contratos que se celebren entre las entidades del sector público o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional.⁷

⁶ Inés María Baldeón, “El Régimen Interadministrativo en la Contratación Pública del Ecuador y su análisis en el Derecho Comparado”, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, No. 10, (junio 2016): 55.

⁷ Ecuador, “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, Registro Oficial No. 395 (4 de agosto del 2008), art. 2.

De esta manera queda planteado el ámbito de la presente investigación, el mismo que se desarrollará con mayor profundidad en los siguientes capítulos, analizando los contratos suscritos entre entidades públicas o con empresas cuyo capital suscrito corresponda al menos en un cincuenta por ciento (50%) al sector público o sus subsidiarias, así como con las empresas públicas que forman parte de la Comunidad Internacional. A primera vista, este artículo contiene la proposición “o” siendo una cualidad disyuntiva, lo que significa que su tratamiento legal y procedimiento debe ser diferente.

Aunque este tema de las empresas públicas sea muy amplio y controversial, se considera que merecería ser investigado ampliamente, por las consecuencias y resultados arrojados con su creación. Al respecto, cabe indicar que el propio Estado creó varias empresas públicas o empresas que mayoritariamente manejan fondos públicos, las mismas que no han sido bien vistas y por muchas ocasiones se han encontrado en el “ojo del huracán” por el manejo administrativo y económico inadecuado que ha perjudicado el erario nacional, tanto así que se ha cuestionado su creación y se ha polemizado sobre el despilfarro económico, la calidad, la cantidad y los precios adjudicados de las contrataciones realizadas por las empresas públicas; desplazando por completo los objetivos y principios jurídicos para los cuales fueron creadas.

También se debería analizar con más precisión que las empresas públicas que cuentan con al menos el cincuenta por ciento (50%) de recursos públicos, no siempre cumplen con el objeto social, para el cual fueron creadas; porque muchas veces sus competencias y atribuciones son similares a las de otras entidades públicas y de las cuales no se ha podido verificar los resultados ejecutados u obtenidos hacia el bien común, pero continúan existiendo. Sin embargo se debe manifestar que algunas empresas públicas subcontratan en cierto tipo de procedimientos, siendo un obstáculo más que un facilitador; es decir aunque su misión o visión sean enfocadas a satisfacer necesidades, en la realidad no siempre es así.

Por otra parte, las mismas empresas públicas bajo la modalidad del giro específico del negocio, han venido realizando contrataciones directas, convirtiéndose, en muchos casos, como mecanismos de evasión de las normas y principios jurídicos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General. Este caso en particular y en general todas aquellas contenidas en el artículo 2

de la LOSNCP debería ser analizado a profundidad por las autoridades competentes; ya que comparto el criterio de una gran parte de opinión especializada, incluida la de la Dra. Inés María Baldeón, que sugiere la necesidad de revisar e incluir una reforma legal urgente del contenido al artículo 2 de la ley para “determinar los casos expresos que después de 10 años de vigencia de la ley podrían requerir un régimen especial no concursivo, sentando como regla general la concurrencia de oferentes”⁸.

Considero que esta evaluación servirá específicamente para delimitar los casos en los que proceden las contrataciones directas; así como para determinar eventuales casos de empleo indebido y/o arbitrario de la referida alternativa en beneficio de unos cuantos contratistas.

1.2.- Naturaleza de los contratos interadministrativos

Es pertinente realizar un análisis de las diferencias que existen entre los contratos interadministrativos y los convenios interadministrativos, para poder precisar si son figuras jurídicas iguales o diferentes.

El tratadista Jorge Enrique Santos Rodríguez expone: “El contrato interadministrativo, es celebrado entre dos entidades públicas con capacidad de tener relaciones interadministrativas, que tiene como característica principal de que el contrato es un negocio jurídico generador de obligaciones al cual se obligan las partes con diversidad de intereses.”⁹

Así también, el mismo autor define al convenio: “El convenio interadministrativo es el negocio jurídico en cual están presentes dos entidades públicas en el desarrollo de sus relaciones interadministrativas cuyo objeto es coordinar, cooperar, colaborar o distribuir competencias en la realización de funciones administrativas de interés común a los sujetos negociales.”¹⁰

El tratadista Jorge Enrique Santos Rodríguez considera que la diferencia sustancial entre el contrato interadministrativo y el convenio interadministrativo es el interés porque de manera puntual indica que en el primer caso puede existir diversidad de intereses mientras que en el segundo debe existir un interés común entre las partes. Por otro lado para este autor tanto el contrato interadministrativo como el convenio

⁸ Expreso de 23 de mayo de 2017, Petroecuador es el motor que tira de la contratación pública.

⁹ Santos Rodríguez, “Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos”, 11.

¹⁰ *Ibíd.*, 10.

interadministrativo son negocios jurídicos, para su mejor entendimiento Eduardo Serrano Alonso define al negocio jurídico como el “acto unilateral realizado por quien puede hacer valer la ineficacia del mismo, en virtud del cual el negocio queda sanado y produce todos sus efectos como si nunca hubiese estado viciado;”¹¹

Entonces se puede comprender que efectivamente el contrato y el convenio interadministrativo son negocios jurídicos porque intervienen mediante la declaración de la voluntad de las partes produciendo efectos jurídicos, analogía entre estas dos figuras jurídicas. No obstante, el convenio tiene como objetivo *cooperar* porque sus competencias servirán para brindar apoyo a otra entidad pública, podrá *colaborar* cuando cada institución conozca a la perfección la función que vaya a desempeñar, siempre y cuando ambas se dirijan hacia el mismo objetivo y *coordinará* cuando sus actividades sean concordantes entre entidades públicas, para complementar su funcionamiento de mejor manera. A diferencia del contrato interadministrativo que buscará satisfacer un bien, obra o servicio a cambio de un pago o utilidad, así lo corrobora Augusto Ramón Chávez Marín:

El contrato interadministrativo, en cuanto constituye un acuerdo de voluntades jurídicamente autónomas y un verdadero vínculo contractual, en la medida en que en él se presenten intereses contrapuestos que guían a cada una de las partes contratantes: una busca la satisfacción de un fin estatal y la otra el reconocimiento de un precio o de honorarios por la prestación correspondiente (...)¹²

Pese a que no existe mayor desarrollo en la doctrina respecto a los contratos interadministrativos, varios autores nos ayudan a diferenciar entre estas dos figuras jurídicas, en efecto la pretensión del contrato interadministrativo es satisfacer una determinada necesidad a través de una obra, bien o servicio; en el cual una de las partes entrega y la otra recibe; mientras que en el convenio con el afán de cooperar, ambas partes resultan beneficiadas de una u otra forma, para satisfacer las necesidades de las partes y no sólo de una de ellas, a diferencia del contrato.

De esta manera el autor Marcos Almeida Cerredá indica que:

Los convenios interadministrativos son instrumentos jurídicos, ya que garantizan la coordinación, la cooperación y la colaboración en el ejercicio y desarrollo de las potestades públicas, permitiendo, en primer lugar, satisfacer las necesidades sociales cuya consecución

¹¹ Eduardo Serrano Alonso, “La confirmación de los negocios jurídicos”, (Madrid: Editorial Tecnos, 1976), 3.

¹² Augusto Ramón Chávez Marín, “Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual”, 140.

legalmente les corresponde y, en segundo lugar, llevar a cabo una eficiente aplicación de los recursos públicos que les han sido asignados para satisfacer dichas necesidades.¹³

Como viene entendiéndose desde líneas anteriores; el convenio interadministrativo en primer lugar es un acuerdo de cooperación entre entidades públicas, así lo establece el artículo 226 y 227 de la Constitución de la República del Ecuador, basado en el principio de coordinación¹⁴; en segundo lugar en su afán de satisfacer necesidades, éstas deben ser similares o iguales.

Según lo manifestado en párrafos precedentes, Marcos Almeida Cerrada también indica que: “[...] un nutrido grupo de autores ha rechazado esta calificación de los convenios interadministrativos como actos administrativos, al mismo tiempo que defiende la naturaleza contractual de los mismos.”¹⁵

Para sintetizar y concretar Marcos Almeida Cerrada señala: “Los convenios administrativos constituyen una categoría jurídica autónoma, es decir dentro de ella se pueden distinguir dos grandes subespecies: 1) los convenios entre Administraciones y particulares, y 2) los convenios interadministrativos.”¹⁶

El autor nos da a conocer los componentes necesarios para interpretar de mejor manera esta figura jurídica; en un inicio ya se manifestó que el contrato interadministrativo y el convenio interadministrativo son figuras jurídicas diferentes, pero las razones que conllevaron a decir aquello fueron las siguientes:

1) En cumplimiento al objetivo principal que es satisfacer las necesidades de la colectividad, el convenio interadministrativo permite que entre dos entidades públicas pueden llegar a cumplir dicho requerimiento con base en la cooperación y coordinación, sin la necesidad de un contrato.

2) En la práctica es mucho más factible realizar un convenio porque se evita las complicaciones que surgen frente a un acuerdo bilateral de tal naturaleza.

3) Dentro de sus particularidades también se encuentra la optimización de recursos públicos y el convenio interadministrativo no es la excepción, por lo tanto sin tanta solemnidad es más pragmático celebrar un convenio.

¹³ Marcos Almeida Cerrada, “Los convenios interadministrativos en el derecho italiano”, *Revista de Administración Pública*, No. 163, (enero-abril 2004): 390.

¹⁴ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, Registro Oficial No. 449 (20 de octubre del 2008), art. 226-227.

¹⁵ Marcos Almeida Cerrada, “Los convenios interadministrativos en el derecho italiano”, *Revista de Administración Pública*, No. 163, (enero-abril 2004): 393.

¹⁶ *Ibíd.*, 411.

4) Hay que reconocer que el convenio es de dos especies por cuanto puede celebrarse con el sector privado y también entre entidades públicas, en este último caso dando origen al convenio interadministrativo.

Por último, el mismo autor cita a Eugenio Francisco Schlitzer y manifiesta:

Si bien es necesario que exista una voluntad concorde, lo que no es, en absoluto, indispensable es que tal voluntad exista ab initio, como consecuencia de que los Entes públicos sea portadores de intereses convergentes, sino que al consenso se puede llegar desde puntos de partida contrapuestos, a través de un proceso de negociación en el cual se ponderen adecuadamente los intereses confiados a las Administraciones que participan en dicho proceso.¹⁷

En este sentido, se comprende que el convenio interadministrativo no necesariamente nace con la confluencia de intereses idénticos, sino que en su desarrollo y ejecución a través de un proceso de negociación se llega a cumplir el *interés común*, y de esta manera satisfacer los objetivos de la Administración Pública.

Por otra parte y a primera vista, de acuerdo a lo señalado por los autores mencionados en el desarrollo de este capítulo, se concluye que el contrato interadministrativo, no es convenio interadministrativo y tampoco es un acto administrativo; ya que doctrinariamente los diferentes autores marcan diferencias entre estas dos figuras jurídicas –contrato interadministrativo y convenio interadministrativo–; sin embargo al final de esta investigación se podrá concluir de manera más exacta sus precisiones.

1.3.- Características de los contratos interadministrativos

Al referirnos a las características de los contratos interadministrativos, se concibe que éstos lo celebran entidades del sector público, con empresas públicas o sus subsidiarias. En cuanto a las partes intervinientes: uno de ellos será el contratante y la otra parte será el contratista.

En la legislación colombiana el autor Luis Fernando Valenzuela Jiménez explica sobre las características de los contratos interadministrativos, facilitando su estudio no solo porque su legislación se asemeja a la nuestra sino también porque se examina a detalle sus particularidades, lo cual facilita su comparación; al respecto indica que son:

- 1) Verdaderos contratos del Código de Comercio, si su objeto tiene obligaciones patrimoniales.

¹⁷ Ibíd., 10.

- 2) Tienen como fuente la autonomía contractual.
- 3) Son contratos nominados: mencionados en la ley.
- 4) Son contratos atípicos, sin normas que los disciplinen, expliquen y desarrollen, como en los contratos típicos.
- 5) Sujetos en principio al Estatuto General de Contratación, dado que lo celebran entidades estatales y también se obligan a lo prescrito por el Código Civil y Código de Comercio.
- 6) Dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles.
- 7) Persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas.
- 8) La acción por las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales.¹⁸

En cuanto a la legislación ecuatoriana la tratadista Inés María Baldeón señala:

- 1) El objeto contractual es uno de los previstos en dicho cuerpo normativo (ejecución de obras, prestación de servicios incluidos los de consultoría, o provisión de bienes).
- 2) Son contratos de naturaleza bilateral y onerosa; pues generan obligaciones para las partes con el correspondiente presupuesto.
- 3) Tienen el carácter interadministrativo en el sentido de entender que el ente contratante es público o privado con capital o recursos públicos mayoritarios; y, que el contratista es también público o privado con capital o recursos públicos mayoritarios.
- 4) El concepto de lo público, trasciende la frontera nacional, pues se consideran como contratistas públicos no solo a las empresas públicas ecuatorianas sino también a aquellas de naturaleza pública que pertenezcan a la Comunidad Internacional.
- 5) Son procesos generalmente de contratación directa, sin importar el monto del presupuesto referencial.
- 6) Se deben cumplir los requisitos previstos para todo procedimiento de contratación, en observancia del carácter de régimen especial que éste tiene; contando con 1) Presupuesto; 2) PAC; 3) Pliego; y, 4) Portal [...].
- 7) En el proceso de ejecución contractual se tratará al contratista público de la misma forma y con el mismo marco de acción que a un contratista privado; es decir procedería todo el régimen previsto para la administración de contratos, terminaciones, recepciones, etc.¹⁹

En cuanto a las semejanzas que podemos encontrar entre la legislación colombiana y ecuatoriana se puede manifestar lo siguiente:

- 1) La naturaleza jurídica de los contratos interadministrativos no se encuentra suficientemente regulada, o más bien desarrollada como tal, en las normas jurídicas.
- 2) Gozan de la calidad de contratos por cuanto crean obligaciones recíprocas para las partes y consecuencias jurídicas.
- 3) Buscan satisfacer necesidades, es decir el interés público.

¹⁸ Luis Fernando Valenzuela Jiménez, “La contratación interadministrativa en Colombia: una figura frágil de la contratación pública en el modelo neoliberal”, <<http://www.fcenew.unal.edu.co>>, consulta: 20 de noviembre de 2016, 10.

¹⁹ Inés María Baldeón, “El Régimen Interadministrativo en la Contratación Pública del Ecuador y su análisis en el Derecho Comparado”, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, No. 10, (junio 2016): 62.

En cuanto a las diferencias entre ellas se encuentran las siguientes:

- 1) En la legislación colombiana, la Contratación Pública se encuentra regulada por el Estatuto General de Contratación, el Código Civil y el Código de Comercio de manera subsidiaria. Mientras que en la legislación ecuatoriana se encuentra regulado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, la codificación de las resoluciones emitidas por el SERCOP y el Código Civil de manera subsidiaria.
- 2) Es interesante conocer que en la legislación ecuatoriana el concepto “interadministrativo” trasciende fronteras porque va más allá de la contratación nacional, con contratistas con participación pública que formen parte de la Comunidad Internacional; en la legislación colombiana se hace referencia específicamente a las personas públicas de otros países.
- 3) En cuanto se refiere al carácter interadministrativo en la legislación ecuatoriana es mucho más amplio porque involucra no solo al sector público sino también al sector privado, siempre y cuando su participación mayoritaria sea pública; a diferencia de la legislación colombiana.

Finalmente, se considera que aunque la Contratación Pública en nuestro país tenga algunas falencias, en aplicación del modelo económico implementado desde el año 2008 y sin perjuicio de que el Estado ecuatoriano pretenda seguir siendo un Estado benefactor, se deduce que no ha cerrado las puertas al sector privado y como parte de aquello lo podemos palpar en el ámbito de la contratación pública; involucrando de manera secundaria al sector privado, incluso en los contratos interadministrativos, lo cual es muy valedero por cuanto todo aquel servicio que el sector público no pueda sostener lo podrá conferir y reforzar el sector privado, siempre y cuando este servicio sea de calidad, cumpla con los requisitos y requerimientos legales y sobre todo se encuentre bajo el control del Estado.

1.4.- Tipos de contratos interadministrativos

Estos contratos, no han sido desarrollados a cabalidad ni por la doctrina ni por la jurisprudencia, sin embargo resulta interesante analizar la tipología dentro de este ámbito contractual.

Para esto, el autor Ismael Farrando cita a Miguel Berçaitz, señalando lo siguiente:

Dentro de una primera postura podemos citar a Berçaitz, quien distingue dos tipos de contratos interadministrativos:

- 1.- Cuando los entes quieren administrar en común un servicio público, sin constituir una nueva persona jurídica;
- 2.- Cuando constituyen una administración consorcista con personalidad jurídica propia.²⁰

En el primer caso se refiere cuando el titular del servicio público es uno solo, ya sea porque tienen competencias compartidas o tratan de satisfacer el mismo servicio público²¹, incluso puede ser que el uno es complemento del otro y por esta razón no existe la necesidad de crear una nueva persona jurídica, según lo manifestado por el autor, aunque en la práctica suele suceder de manera excepcional.

Mientras que en el segundo caso existe la peculiaridad de cooperación porque las dos entidades públicas tienen las mismas competencias sobre tal o cual servicio de la función pública. En este segundo caso el autor se refiere a este tipo como actos complejos o colectivos porque la situación de privilegio ya no existe. En este caso, se considera que es conveniente inclinarse por la posición del tratadista Ismael Farrando al oponerse a dicha tendencia, por cuanto aunque pierda la calidad de exclusividad, sigue existiendo la expresión de voluntad de las partes y particularmente si existen intereses opuestos, se originan los contratos interadministrativos.

Por otra parte cabe analizar también que los contratos interadministrativos nacen entre dos sujetos o partes, no obstante cabe recalcar que esto no es posible en las relaciones interorgánicas por cuanto una entidad pública puede estar conformado por varios organismos que pertenecen a la misma entidad.

De esta manera el autor Enrique Santos nos aclara lo siguiente: “No obstante, las relaciones negociales que surgen entre las relaciones interorgánicas son, en realidad, acuerdos interorgánicos que nunca alcanzarán la categoría de convenios de la administración ya que su alcance jurídico es simplemente interno.”²²

Así también, se permite acotar que entre los diferentes organismos que integran una misma entidad pública, no cabría aplicar la figura del contrato interadministrativo, ya que se entendería que son meros acuerdos interorgánicos. En las relaciones interorgánicas se aprecia primero que no se cumpliría con los requisitos que se han

²⁰ Miguel Berçaitz, *Teoría*, 149. Citado por Ismael Farrando, “Contratos Administrativos”, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002), 436.

²¹ Manuel María Díez, “Manual de Derecho Administrativo”, (Buenos Aires, Plus Ultra, 1980), servicio público es “la prestación que efectúa la Administración en forma directa o indirecta para satisfacer una necesidad de interés general”.

²² Santos Rodríguez, “Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos”, 10.

venido expresando a lo largo de este capítulo y tampoco se tratarían de entes públicos propiamente dichos, independientemente de si son públicos o privados con recursos públicos mayoritarios; razones por las cuales no se podría hablar en dichos casos de contratos interadministrativos.

Por otra parte el mismo autor señala:

Dentro de la matización que estamos haciendo entre la regla general y el caso de la actividad negocial de la administración, es preciso resaltar que las relaciones interadministrativas negociales se dan entre dos entidades con capacidad de contratación, entre dos personas jurídicas públicas o entre dependencias de entidades con capacidad de contratación.²³

De esta manera se toma en cuenta que al hablar de contratos interadministrativos nos estaríamos refiriendo a dos entidades con capacidad de contratar obras, bienes y servicios y no a dos sujetos que en su calidad de organismos de una misma entidad pública puedan o deban contratar, por lo tanto estas personas jurídicas deben ser diferentes.

Además es esencial que no por el hecho de ser una entidad pública siempre va a poder contratar, para esto es indispensable que dentro de sus competencias tenga la capacidad de contratar. Por otra parte, la contratación pública también se encuentra protegida por los principios jurídicos, los mismos que se encuentran establecidos en la ley y que sirven para lograr un efectivo cumplimiento de las funciones y obligaciones que tiene el Estado; principios que también deben ser aplicados entre los contratos interadministrativos, es así que el autor Claudio Moraga Klenner expresa:

[...] los entes interadministrativos no pueden comportarse como simples particulares, menos aún actuar con mayor libertad como en cualquier otro caso.

Al contrario, debe aseverarse estrictamente que la contratación entre entes públicos se somete a idénticos principios y disposiciones jurídicas que la contratación estatal: legalidad, transparencia, economía y selección objetiva e imparcial del ente administrativo contratante.²⁴

Respecto a lo que manifiesta el autor se considera que efectivamente en los contratos interadministrativos, no debería existir diferencia, aunque nos refiramos a una sola persona jurídica (el Estado), es por el hecho de que el fundamento principal y el más importante de este tipo de contrataciones, sigue siendo el interés general, razón que

²³ *Ibíd.*

²⁴ Claudio Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 148.

goza de trascendental importancia para exigir que todos los procedimientos sean respetados y protegidos de la mejor manera posible.

Además si se considera que los principios jurídicos son las directrices que conllevan a la mejor consecución del contrato, entonces los contratos interadministrativos no deberían ser la excepción; porque las partes se obligan a cumplir con lo establecido, sin poder retractarse. En otras palabras, en cumplimiento al único propósito, que es el interés público, se debería asegurar su ejecución y consumación. Entre otros aspectos a considerar, y que habrá que tomar en cuenta es que en los contratos interadministrativos, jamás debería existir perjuicio, porque el desfavorecido no es el contratante o el contratista; es el mismo Estado, es decir somos todos.

Para concluir con este primer capítulo es significativo indicar que la contratación interadministrativa, que tiene por objeto la provisión de obras, bienes o servicios incluidos los de consultoría, se refiere a un tipo de contratación directa e inmediata, que se celebra entre entidades del sector público o que cuenten con recursos públicos mayoritarios; rebasándose el concepto de lo público nacional en referencia al contratista, ya que también se considera en esta categoría a los contratistas públicos de naturaleza internacional, siendo uno de los procedimientos de contratación pública prevista en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. No obstante no se puede dejar de lado al resto de procedimientos que son de gran utilidad y que ayudan a obtener excelentes resultados según la situación institucional, el monto o la categoría de los bienes, obras o servicios por adquirir. En tal virtud, se considera que no existe un orden de prelación en los procedimientos administrativos en la contratación pública, por cuanto cada uno de ellos busca acoplarse a las necesidades de cada entidad pública, las mismas que tratan de satisfacer las necesidades públicas, toda vez que es el deber principal de la Administración Pública; por lo tanto todos los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública gozan de ventajas y facilidades aplicables a una determinada contratación, pero también adolecen de complejidades propias de cada una de ellas.

Para culminar con este capítulo, es necesario indicar que el contrato interadministrativo se celebra entre dos entidades o empresas públicas; o entre una entidad o empresa pública con otra empresa pública perteneciente a la Comunidad Internacional, las cuales tienen capacidad de generar entre ellas relaciones

interadministrativas; básicamente persiguen intereses diferentes, adquiriendo un bien, servicio u obra a cambio de una contraprestación económica; y se diferencia del convenio interadministrativo porque éste posee un interés igual o similar; con el afán de cooperar, coordinar y colaborar.

Este primer pilar denominado contrato interadministrativo se encuentra establecido en el artículo 2 numeral 8 de la LOSNCP, al cual el Legislador quiso someter literalmente el mismo criterio tanto a las contrataciones entre entidades públicas ecuatorianas como a las contrataciones de una entidad pública nacional con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participan en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias, toda vez que en dicha apreciación no se tomaron en cuenta ciertas particularidades que se desarrollarán a lo largo de esta investigación.

Por el otro lado, se encuentra el pilar de las garantías, el cual perfecciona el estudio de la problemática jurídica planteada y que se profundizará en el siguiente capítulo.

Capítulo segundo

Las garantías contractuales

Una vez analizado el contrato interadministrativo, se examinará a las garantías para complementar esta investigación y así poder conocer su definición y características con el objeto de comprender su importancia en el ámbito del régimen especial.

2.1.- Las garantías contractuales

El Estado debe velar por el eficaz y efectivo cumplimiento de sus objetivos para poder satisfacer las necesidades de la colectividad, una parte de esta responsabilidad se lleva a cabo a través de la contratación pública.

Existen algunos métodos de asegurar su real cumplimiento; y, uno de ellos se lo obtiene a través de las garantías; las mismas que adquieren diferentes denominaciones y variaciones según lo que se pretenda asegurar, las normas jurídicas que les proteja y también la circunscripción territorial en la que nos encontremos.

Al hablar de contratación pública entendemos que se está invirtiendo y desembolsando recursos públicos, para esto el mismo Estado debe cerciorarse que estos recursos sean usados en beneficio estricto del proyecto y por ende de los ciudadanos; y, por otra parte debe evitar situaciones que originen el inapropiado gasto público o el despilfarro.

Es así como Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández manifiestan que: “La contratación administrativa tiene como característica principal exigir al contratista la prestación de garantías, para asegurar la perfección del contrato y su correcta ejecución posterior.”²⁵

Los autores citados indican que las garantías sirven para asegurar el objeto del contrato, durante su ejecución y posterior a la misma, lo cual es correcto y necesario para afianzar el recurso público, no solo en el desarrollo del contrato sino posterior a su ejecución porque es ahí donde surgen los mayores problemas.

En este capítulo se analizará lo que son las garantías, al respecto el autor Luigi Ferrajoli indica que: “Por garantía se entiende, a un tipo de instituto, que nace del

²⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, (Bogotá: Editorial Temis, 2008), 700.

derecho romano, tendiente a asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los correspondientes derechos patrimoniales”²⁶.

El autor indica que estos instrumentos jurídicos aseguran el cumplimiento de las obligaciones contractuales por lo tanto es necesario indicar que el contratista al firmar un contrato público, tiene una gran responsabilidad que no solo es pecuniaria sino también se refiere a la confianza que le entrega el mismo ente contratante para que ejecute las obras, bienes o servicios; es por esta razón que el contratista se encuentra en la obligación de cumplir con el objeto del contrato para que el contratante pueda salvaguardar el interés público. Como la misma definición indica que la garantía sirve para asegurar y proteger, en estricto sentido eso debería cumplirse a cabalidad. Una vez que entendemos el significado de las garantías, es necesario conocer los tipos de garantías que tenemos de manera general.

En el caso de España, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández indican:

Tales garantías, fianzas en la terminología legal tradicional, son de dos clases: provisional y definitiva.

La fianza provisional.- pretende garantizar la seriedad de las ofertas y el cumplimiento de la obligación.

La fianza definitiva.- fija un porcentaje según el presupuesto del contrato en casos de temeridad en garantía del buen cumplimiento del mismo.²⁷

Desde que en el 2008 entró en vigencia la LOSNCP, en la fase precontractual no se solicita ningún tipo de garantía a los oferentes; las garantías son solicitadas previo a la firma del contrato, para la etapa contractual es decir para velar por el efectivo cumplimiento del contrato (*garantía de fiel cumplimiento*) o por algún anticipo establecido en el mismo (*garantía por anticipo*) o para asegurar el buen funcionamiento de los bienes (*garantía técnica para ciertos bienes*).

Respecto a la garantía de seriedad de la oferta, aunque desde el 2008 no se incluye en la legislación ecuatoriana, se considera interesante analizar sus aspectos positivos y negativos.

²⁶ Luigi Ferrajoli, Garantías y Garantismo, <<https://procesalpenal.wordpress.com/2007/11/18/garantias-articulo-de-luigi-ferrajoli/>> Aula Virtual Derecho Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Mar del Plata, fecha de consulta: 30 de marzo del 2017.

²⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2011), 752.

En cuanto a los primeros, creo que puede ser una forma de asegurar los recursos públicos desde el inicio del procedimiento precontractual, en este sentido los oferentes presentarían sus ofertas con mayor seriedad y ofreciendo mayor seguridad; así también podría evitarse la presencia de falsos oferentes o de oferentes no serios. Consecuentemente el Estado podría ahorrar recursos económicos y tiempo en la revisión de ofertas y sobretodo tener la seguridad que el adjudicatario es idóneo para cumplir con las obligaciones derivadas de la adjudicación.

Por otro lado, hay casos en que los oferentes se ponen de acuerdo con otros oferentes en las condiciones de su participación, que vulneran los principios establecidos en la misma ley; pues pueden generarse acuerdos colusorios entre ellos, situación que podría corregirse a través de una eventual ejecución de la garantía de seriedad de la oferta emitida.

Desde el análisis de los aspectos negativos, al haberse eliminado dicha garantía de seriedad de la oferta del ordenamiento jurídico, consideraría que el legislador habría analizado el hecho de que las mismas en determinadas ocasiones pudieron haber permitido que se “filtre” información privilegiada por parte de personas vinculadas con la emisión de dichos avales, a través de cuya filtración otros oferentes pudieron haber conocido el monto de la oferta económica que iban a presentar sus competidores; pues esto podría deducirse solo sabiendo el monto de la garantía emitida; y tal vez la otra razón pudo ser el hecho de que una vez adjudicados los contratos casi nunca las garantías de seriedad de la oferta se efectivizaron porque la mayoría de oferentes adjudicados celebraron los correspondientes contratos, generándose entonces, una erogación de recursos que, finalmente pudieron haberse trasladado al costo final del proyecto, encareciendo el mismo en detrimento de los recursos públicos, con el agravante que entonces dichas garantías pudieron haber significado “barreras de acceso” a la contratación, que fue precisamente uno de los aspectos que la LOSNCP quiso eliminar.

Por lo tanto se entiende que el legislador, tuvo razones primordiales para no incluir a la garantía de seriedad de la oferta (o denominada provisional en el derecho comparado), porque debió haber advertido el uso indebido de las mismas.

Para entender de mejor manera este tema, entrevisté al abogado ecuatoriano Andrés Chiriboga Zumárraga,²⁸ quien aclaró esta situación y manifestó que:

La garantía provisional o conocida también como garantía de seriedad de la oferta, limitaba el grado de participación a los proveedores, lo cual generaba un desincentivo, es decir se estaba afectando la libre participación, la libre oferta. Además este tipo de garantía servía para que los oferentes no se retiren y de ser el caso, tenía que ser previo aviso, calificado y aprobado por la autoridad competente de la entidad contratante.

Entonces, queda claro que el uso de la garantía provisional definitivamente limitaba la participación, también se podría decir que discrimina y viola el principio de igualdad porque al oferente le genera un gasto extra por una contratación que podía o no darse; y, que finalmente se trasladaba al costo del proyecto que debía pagar el ente contratante.

Acertadamente se dice que las garantías sirven para asegurar los inconvenientes que puedan surgir en las contrataciones pero también existen garantías que rebasan estos límites como el pagaré y la letra de cambio, aplicables a una contratación especial.

En efecto, la Dra. Inés María Baldeón comenta acerca de otros tipos de garantías que encontramos en “el artículo 93 A del RGLOSNCP que fue agregado con Decreto Ejecutivo No. 1869 publicado en el ROS 648 de 4 de agosto de 2009 permitiendo que en las contrataciones de obras artísticas, literarias o científicas se otorgue como garantía pagarés o letras de cambio como valor en garantía; lo cual sería ilegal pues va más allá de las garantías [...]”.²⁹

Resulta inverosímil entender que los títulos valores como la letra de cambio o pagaré, siendo documentos mercantiles, sean considerados como garantías en este tipo de contrataciones, para obras artísticas, literarias o científicas. La letra de cambio se caracteriza por ser autónoma, abstracta e incondicional; y si ésta se encuentra “en garantía”, significa que pierde validez y se vuelve nula. De tal manera que este título valor “en garantía” no podría cobrarse mucho menos asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales; consecuentemente se está desnaturalizando a este instrumento.

Estos títulos valores sirven como medios de pago y también como títulos de crédito, entonces cabe preguntarse ¿Por qué se aceptan éstos títulos valores sólo para obras artísticas, literarias o científicas? La autora Inés María Baldeón, acertadamente lo

²⁸ Abg. Andrés Chiriboga, Asesor del Despacho de la Defensoría del Pueblo, entrevista realizada por la Abg. Valeria Torres en Quito, 10 de febrero del 2017, 18h00.

²⁹ Inés María Baldeón B. y Carlos G. Baldeón B., *Análisis y Comentarios sobre los procedimientos de contratación vigentes*, (Quito: Grupo Empresarial CEAS, 2015), 9.

considera ilegal, porque más allá de considerarse una excepción, nuevamente se viola el principio de igualdad y no discriminación.

En la actualidad la situación de los artistas no es la misma que antes, sin embargo se consideraría que el estereotipo que tenemos de los artistas como personas no sujetas de crédito, se quedó en el pasado, pues conocemos artistas que gozan de una buena situación económica, son solventes y se encuentran aventajados únicamente por su condición, por ejemplo frente a entidades financieras; en este sentido se considera que genera discriminación, desigualdad, y sobretodo es *ilegal*. Así también conocemos que los artistas generalmente se han manejado de esta manera por las particularidades en la prestación de estos servicios, haciendo uso de estos títulos valores, pero la situación cambia radicalmente al ofertar con el Estado, porque se desembolsará recursos públicos, los mismos que no son personales ni privados; consecuentemente no sólo resulta un abuso, sino que es totalmente ilegal.

A continuación se hará referencia a otros tipos de garantías y de esta manera poder conocer sobre criterios de autores originarios de circunscripciones territoriales diferentes; por ejemplo en el caso de Colombia, el autor Benjamín Herrera Barbosa nos hace conocer que estas garantías se asemejan a las nuestras, facilitando su comparación y análisis; particularmente porque regula y mantiene la garantía provisional y definitiva, objeto de análisis de esta investigación; al respecto indica:

- 1) De manera general las garantías pueden ser reales o personales. Entre las primeras están: anticresis, prenda, prenda irregular e hipoteca, la retención o dinero en efectivo. Entre las personales están: la fianza, el aval y la garantía emitida por una aseguradora.
- 2) En derecho comparado existe la garantía global y abierta que aplica para todos los contratos que se celebren con esa administración. La garantía complementaria que sirve para casos particulares ya que los perjuicios pueden ser mayores a los previstos inicialmente; y, la garantía especial que se solicita a los contratistas que han incidido en la temeridad.
- 3) Garantía provisional.- sirve para asegurar que el adjudicatario formalice el contrato y para que presente la garantía definitiva; también llamada garantía de seriedad de la propuesta.

- 4) Garantía definitiva.- pretende asegurar el cumplimiento del contrato así como la responsabilidad que pueda presentarse frente a terceros.³⁰

Este autor nos da a conocer nuevas maneras de garantizar las contrataciones; es así como nuevamente aparece la garantía provisional, ya analizada en líneas anteriores.

Así mismo, la garantía complementaria y la garantía especial, son solicitadas en casos específicos y excepcionales; la primera como bien lo dice el autor citado, sirve para salvaguardar los futuros riesgos que puedan presentarse; y, la segunda, aplica para aquellos casos que en ocasiones anteriores incurrieron en temeridad. Sin embargo esta última transgrede el principio de igualdad, haciendo prejuicios que pueden o no suceder.

Por último, la garantía complementaria y especial tal cual se menciona, no se aplican en la legislación ecuatoriana.

En el caso del Perú, el autor Alberto Retamozo Linares nos explica acerca de las garantías y se realiza el análisis de esta legislación porque se asimila a la garantía de fiel cumplimiento del contrato y a la garantía por adelantos o anticipo, así también permite conocer otras garantías, comprendiendo su uso y aplicación en los procedimientos de contratación pública, considerando a las siguientes:

- 1) La garantía de seriedad de la oferta.
- 2) La garantía de fiel cumplimiento del contrato.
- 3) La garantía por los adelantos.
- 4) La garantía por el monto diferencial de la propuesta.³¹

Estas garantías son las que más se asemejan a nuestra legislación, no obstante en lo referente a la garantía por monto diferencial de la propuesta, cabe aclarar que este tipo de fianza aplica solo para bienes y servicios en el caso del Perú. En el Ecuador se aplica dicho criterio en contrataciones de obras y de servicios no normalizados, situación que se encuentra regulada en el artículo 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Las garantías pueden variar por varios factores, no obstante, parecería que el problema no surge por el tipo de garantía, más bien se trata del uso, aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que los rige, esto tampoco quiere decir que lo que funcione en un país, efectivamente va a funcionar en otro; porque las condiciones económicas, sociales, políticas, culturales u otras van a ser totalmente diferentes y ahí

³⁰ Benjamín Herrera Barbosa, *Contratos Públicos*, (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Limitada, 2004), 328-37.

³¹ Alberto Retamozo Linares, *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control*, (Lima: Jurista Editores, 2009), 488.

puede radicar la incompatibilidad, de acuerdo al análisis realizado en párrafos anteriores en países como España, Colombia y Perú.

En nuestro caso, en el Ecuador las formas de afianzar las contrataciones se encuentran específicamente en la LOSNCP, determinando lo siguiente:

Art. 73.- Formas de garantías.- En los contratos a que se refiere esta Ley, los contratistas podrán rendir cualquiera de las siguientes garantías:

1. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato;
2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable;
3. Primera hipoteca de bienes raíces;
4. Depósitos de bonos del Estado, de las municipalidades y de otras instituciones del Estado, certificaciones de la Tesorería General de la Nación, cédulas hipotecarias, bonos de prenda, Notas de crédito otorgadas por el Servicio de Rentas Internas, o valores fiduciarios;
5. Certificados de depósito a plazo;

No se exigirán las garantías establecidas por la presente Ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 de esta Ley.³²

1.- La garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato; según la doctrina las garantías se caracterizan de tal forma porque estos instrumentos jurídicos no deben estar sujetos a condición alguna y más bien deben simplificar los procedimientos para proteger el interés público de forma eficaz y rápida, ésta es otorgada por un banco o institución financiera establecida en el país.

2.- La fianza: “son instrumentos que pueden ser emitidos con carácter incondicional, solidario, irrevocable, de realización automática y, sobre todo, por ser medios de garantía cuya emisión se encuentra generalizada entre las empresas bajo el ámbito de las entidades financieras y compañías de seguros”³³. Por lo tanto la fianza es una garantía por excelencia que sirve para cumplir con la obligación principal de un tercero, el mismo que es emitido por una compañía de seguros domiciliada en el país.

3.- La hipoteca, el artículo 2309 del Código civil, dispone que “la hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”³⁴; este derecho real sirve como garantía y en caso de que no sea satisfecha en el plazo establecido, podrá dar lugar a la venta forzosa del bien inmueble. Resulta interesante conocer que la hipoteca en Argentina es destinada a asegurar la celebración del contrato, no para el cumplimiento de obligaciones, a diferencia de nuestra legislación.

³² Ecuador, “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, Registro Oficial No. 395 (4 de agosto del 2008), art. 73.

³³ Carlos Rodríguez Manrique, “Las garantías en la ley de contrataciones del Estado”, *Revistas.pucp.edu.pe*, (2009).

³⁴ Ecuador, “Código Civil”, Registro Oficial No. 526, Segundo Suplemento (19 de junio del 2015), art. 2309.

4.- Depósito de bonos del Estado, “Los Bonos del Estado Ecuatoriano son títulos valores emitidos por el Ministerio de Finanzas los mismos que están registrados en el Banco Central del Ecuador de forma electrónica (desmaterializados) y son emitidos para financiar proyectos de desarrollo social, económico, vial, entre otros de nuestro país.”³⁵ Estos títulos valores también sirven para cumplir con una obligación, los plazos son fijados por el inversionista, no son comúnmente utilizados.

5.- Certificados de depósito a plazo, estos certificados son una garantía para adquirir un préstamo, siendo un documento negociable en el mercado de valores y que es transferible a terceras personas, también es emitido por una institución financiera establecida en el país.

De lo expuesto se colige que aunque el artículo 73 de la LOSNCP regule cinco tipos de garantías, en la práctica son utilizadas generalmente los dos primeros.

En este sentido, tanto el artículo 2 numeral 8 como el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, conforman el estudio del problema jurídico planteado en esta investigación. De manera general, se referirá a la excepción que se hace con las garantías frente a las contrataciones determinadas en el numeral 8 artículo 2 de la ley. No se refiere en estricto sentido a contrataciones interadministrativas, sino a todas aquellas que ampara o protege aquel artículo. Esta peculiaridad se profundizará en el capítulo tercero.

No obstante de manera inicial resulta difícil entender que aunque se cuente con cinco formas de garantías como se puede apreciar en el artículo 73 de la LOSNCP, en la práctica se utilizan solamente la garantía bancaria y la fianza instrumentada en una póliza de seguros, ya sea por desconocimiento de su aplicación o por facilidad instrumental. En consecuencia las tres últimas formas no son utilizadas para la suscripción de los contratos, pese a estar tipificadas y reguladas en el mismo artículo; por ejemplo para obtener una póliza de seguros, no se puede efectuar en cualquier aseguradora, por el contrario muchas veces la calificación de ésta debe ser triple AAA para su perfeccionamiento, lo cual se considera que podría resultar discriminatorio e injusto.

³⁵ Banco Central del Ecuador <<https://www.santafevalores.com/index.php/bonos-del-estado-ecuatoriano>>, fecha de consulta 21 de octubre del 2017.

Así mismo en los artículos subsiguientes de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se enuncia la clasificación de las garantías, entre ellas tenemos las siguientes:

Art. 74.- Garantía de Fiel Cumplimiento.-

Art. 75.- Garantía por Anticipo.-

Art. 76.- Garantía Técnica para ciertos Bienes.-

En la legislación ecuatoriana, la primera se refiere a la garantía de fiel cumplimiento que corresponderá de manera general al cinco por ciento (5%) del monto del contrato, la cual se devolverá un vez que se haya cumplido con el objeto del contrato a plena satisfacción de la entidad contratante, es decir cuando no exista obligación pendiente por cumplir. En los contratos de obra, asegura la buena calidad de los materiales, protegiendo a la entidad contratante ante los defectos o la mala calidad, que es justamente lo que el contratante busca proveer. Así también dispone la excepción para bienes inmuebles, muebles (pago contra entrega), o cuando la cuantía sea menor a \$ 59.670,20. La exigencia de esta garantía debería ser requerida en las contrataciones entre entidades públicas con empresas públicas de la Comunidad Internacional y en el giro específico del negocio, para asegurar el cumplimiento, porque sirve para el daño y perjuicio anticipado de las obligaciones del contrato.

En el caso de la garantía por anticipo, será en función del anticipo que se otorgue, el cual dependerá también de la naturaleza de su contratación, permitiendo de esta manera asegurar el mismo y que solo se debe entregar en el caso de procedimientos cuya forma de pago incluya un anticipo. Al respecto es importante señalar que esta garantía debería ser solicitada en aquellas contrataciones interadministrativas que incluyan un anticipo, es decir para las contrataciones entre entidades públicas con empresas públicas de la Comunidad Internacional y en el giro específico del negocio, con el propósito de asegurar el recurso público entregado.

La garantía técnica que aplica básicamente para ciertos bienes con el fin de asegurar su calidad y buen funcionamiento, la cual subsistirá durante el tiempo solicitado por la contratante; y, también porque el uso de los bienes genera consecuencias técnicas que pueden ser solventadas con este tipo de garantía. Además en algunas contrataciones nos permite asegurar el stock de repuestos, accesorios, el mantenimiento preventivo y correctivo durante la vida útil de los equipos. Esta garantía permite asegurar los posibles defectos que generalmente aparecen con el tiempo y su exigencia debería ser requerida

en las contrataciones interadministrativas expresada en el párrafo anterior para la adquisición de bienes.

Ahora bien, es imprescindible analizar lo que nos dice la doctrina respecto a las garantías, Roberto Dromi indica: “Las Garantías son unilaterales, obligatorias, accesorias, inembargables, independientes.”³⁶

Al tratar de analizar lo dicho por Roberto Dromi se entiende lo siguiente:

Son unilaterales, porque se exige a una de las partes, es decir al contratista;

Son obligatorias, porque las garantías se encuentran tipificadas en la ley, las mismas que se las requieren desde un inicio. En primera instancia su requerimiento se hace constar en las solicitudes remitidas por las unidades requirentes y de manera continua se hace constar en las especificaciones técnicas, los términos de referencia, el pliego y el contrato.

Son accesorias, porque tienen vigencia en función del contrato principal, es decir que son instrumentos jurídicos que permiten asegurar las cláusulas establecidas en el contrato.

Son inembargables, en el sentido que literalmente no está permitido su embargo o retención con el objetivo de no alterar las obligaciones establecidas entre las partes, evidentemente tienen que ser inembargables porque de lo contrario se destruiría la razón de ser de las garantías.

Por último se dice que son independientes, porque no dependen de otra figura jurídica para dar cumplimiento a lo establecido en dicho instrumento, por lo tanto la garantía tiene que ser independiente.

Las garantías son necesarias y obligatorias para el contratista, porque son el medio por el cual se permite resguardar el cabal cumplimiento del objeto y obligaciones del contrato; en palabras de Janela Cristina Párraga y citada por Alberto Retamozo Linares expresa: “Las garantías tienen por finalidad respaldar la conducta del contratista, según lo pactado en el contrato, más que compensar a la entidad por un posible daño.”³⁷

La interpretación de la autora, se entiende que las garantías procuran asegurar el comportamiento humano, en este caso del contratista para llegar a cumplir con el contrato; se deduce que, más que la conducta del contratista, se refiere a la buena fe con

³⁶ Alberto Retamozo Linares, *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control*, (Lima: Jurista Editores, 2009), 489. Citado por Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 520.

³⁷ *Ibíd.*, 490.

la que intervienen las partes y sobre todo la buena fe que se espera del contratista. Se considera también que se desvía del verdadero objetivo y es el mismo cumplimiento del objeto contractual, el cual debe ser encaminado a cumplir con cada una de las cláusulas establecidas en este documento. Por otra parte, difiero con la autora, porque la garantía, si sirve para exigir compensaciones en el futuro, es decir cuando se causa daño o simplemente no se cumplió con la obligación.

Así mismo, es importante entender el significado de las garantías, y específicamente de las garantías contractuales, en este aspecto, Víctor Hugo Vinueza Mosquera, señala que: “La palabra garantía proviene del francés garante de origen germánico, del gótico werjands, del franco warand; es decir significa garantía”³⁸

De manera asequible se entiende su origen y también el hecho de que la garantía sirve para respaldar lo establecido en cualquier documento; en relación a esta investigación se hace referencia a las cláusulas contenidas en el contrato y a su efectivo cumplimiento.

Por lo tanto, se deduce que las garantías contractuales son medios jurídicos que permiten asegurar y proteger las obligaciones y responsabilidades establecidas entre las partes. Sin duda alguna es una forma de protección al objeto contractual, por esta razón es de suma importancia su exigencia, y de carácter imprescindible, si se trata de contrataciones realizadas por el Estado en búsqueda del bienestar general para satisfacer las necesidades colectivas de interés común y público, las mismas que serán analizadas según lo establecido en la normativa jurídica vigente y la doctrina.

2.2.- Importancia de las garantías

Las garantías constituyen documentos de trascendental importancia por cuanto permiten asegurar el objeto del contrato, para esto el autor Hernán Jaramillo Ordoñez nos indica que: “El objeto de la contratación pública es la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios, posibles, lícitos y morales; la causa es el motivo que incita a contratar y el fin es el interés público.”³⁹

En este sentido, la Administración Pública a través de los diferentes organismos que la conforman y a su vez a través de los servidores públicos encargados, serán los sujetos

³⁸ Víctor Hugo Vinueza, “Las formas de garantías en la Contratación Pública”, (Monografía, Programa de Especialización Superior en Contratación Pública y Modernización del Estado, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), 19.

³⁹ Hernán Jaramillo Ordoñez, *Manual de Contratación Pública*, (Loja: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1996), 3.

responsables de realizar todos los procedimientos administrativos necesarios para satisfacer las necesidades de cada una de las entidades públicas. Serán quienes realicen adquisiciones de bienes, contraten la ejecución de obras y la prestación de servicios incluidos los de consultoría para dar cumplimiento a lo establecido en la Constitución, en el Plan Nacional del Buen Vivir y a cada uno de los objetivos para los cuales han sido creadas las diferentes entidades del Estado.

Al mismo tiempo, las contrataciones deberán ser respaldadas a través de las garantías; primero porque permiten continuar con el normal desarrollo orientado a la correcta ejecución del contrato y segundo porque permiten salvaguardar el interés general, así como evitar el inapropiado gasto público.

Si se dice que el contrato nace con la manifestación o expresión de la voluntad de las partes, entonces su razón de ser, no son las garantías sino el interés público, porque a través del ejercicio de esta potestad que tiene el Estado, se debe asegurar -de todas las formas posibles- el efectivo cumplimiento de todas las obligaciones pactadas en el contrato y que en estricto sentido son de carácter obligatorio para las partes.

Es así como Edgar Varela sostiene que las garantías: “son todas las cauciones que la Administración Pública exige a sus contratantes para asegurar el puntual y exacto cumplimiento de las obligaciones que asumen en el contrato, teniendo como finalidad superior la satisfacción de las necesidades de la comunidad.”⁴⁰

El autor menciona que en efecto, las garantías sirven para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contrato en razón del interés público; las garantías también son aquel medio que sirven para asegurar la satisfacción de las necesidades de la sociedad. En concordancia con el autor, estimo que el sentido principal es satisfacer dichas necesidades y la óptima manera de asegurar esta obligación del Estado, es a través de las garantías, aunque en la práctica no resulta siempre así.

De lo expuesto, resulta esencial analizar lo determinado en el artículo 2 numeral 8 de la LOSNCP, porque abarca dos temas principales: las contrataciones interadministrativas y el giro específico del negocio, por lo tanto este artículo es una mixtura de dos temas totalmente distintos, deformando su esencia y prestándose para incorrectas interpretaciones.

⁴⁰ Fernando Mó, *Régimen General de Obras Públicas*, (Buenos Aires: De Palma, 1977). Citado por Edgar Varela Méndez, *Garantía en el Contrato de Obra Pública*, (Montevideo: Revista La Justicia Uruguaya, 1979).

Probablemente el legislador no se percató del desconcierto que podría causar, toda vez que algunos contratistas han venido tergiversando su aplicación, justamente al excluir la exigencia de garantías. Esta excepción es una amenaza inminente para ciertos casos específicos, por consiguiente estos inconvenientes jurídicos deberán tratarse con profundidad en el siguiente capítulo.

Así también, se entiende que las garantías sirven para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contrato pero en el ordenamiento jurídico del Ecuador - expresamente en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública- se manifiesta: “Art. 73.- Formas de garantías.- [...] No se exigirán las garantías establecidas por la presente Ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 de esta Ley.”

En este sentido, tenemos que analizar dos macro panoramas: el primer caso para aquellas contrataciones realizadas entre entidades del sector público, con empresas públicas o empresas cuyo capital pertenezca por lo menos el cincuenta por ciento (50%) a entidades del derecho público, o sus subsidiarias; así como también de aquellos proveedores que aun siendo privados manejan fondos públicos mayoritariamente. Mientras que el segundo caso es para las contrataciones en las cuales interviene una entidad pública o una empresa pública que maneja mayoritariamente fondos públicos para contratar con alguna empresa de la Comunidad Internacional o sus subsidiarias.

En el primer caso, la doctrina establece que sería inadmisibile que se pretenda exigir garantías al mismo Estado, por cuanto se está realizando adquisiciones de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras entre entidades públicas, las cuales pertenecen a un mismo Estado, o a su vez con empresas públicas que cuenten al menos con el cincuenta por ciento (50%) de fondos públicos; es decir en las contrataciones interadministrativas, no se les debe exigir garantías porque así lo determina expresamente el artículo 73 de la LOSNCP y la doctrina así lo reconoce, es decir el presupuesto de ambas entidades, pertenecen al mismo Estado ecuatoriano; el objetivo va a ser el mismo, independientemente de la institución que ejecute la contratación, salvaguardando el interés público. Por lo tanto no habría mayor afectación o discusión al respecto.

En el segundo caso, aunque el artículo *ibídem* expresa lo mismo para contratar con la Comunidad Internacional o sus subsidiarias, se considera que debería tratarse en un

artículo diferente, primeramente porque ya no hablamos de un mismo Estado, toda vez que al realizar una contratación bajo este régimen; quiere decir que el Estado ecuatoriano tendría que cancelar una contraprestación económica a una empresa pública de la Comunidad Internacional, es decir a otro Estado. De este modo, el recurso público ingresa a un Estado diferente, al cual no le exigen garantías, resultando terrible, deplorable, angustioso, por cuanto el peligro es enorme y si no se existen garantías, no se cuenta con instrumento legal alguno para exigir su cumplimiento, entonces cabe preguntarse ¿cómo podría obligarle a cumplir con la ejecución del contrato? o qué podría hacer ante su incumplimiento? Inmediatamente se podría reconocer, que resulta imposible exigir su cumplimiento. En otras palabras los recursos económicos serían destinados para otros ciudadanos, para otro Estado, quien velará por sus intereses y no por el nuestro, se considera que en este caso en particular, si se debería exigir garantías por nuestra propia tranquilidad, seguridad y protección.

En este punto también pueden surgir muchas inquietudes: ¿qué sucede ante el incumplimiento o ante la falta de garantías en las contrataciones interadministrativas?

En la práctica si suceden tales situaciones, las entidades públicas tienen la obligación de imponer multas, aun cuando superan el cinco (5%) por ciento del monto total del contrato, no obstante la máxima autoridad o su delegado pueden dar por terminado unilateralmente el contrato, cuando se supera este porcentaje, en tal virtud los criterios jurídicos de la Procuraduría General del Estado, soportan y auxilian para que las máximas autoridades puedan tomar la mejor decisión en cumplimiento a sus objetivos sociales e institucionales, es decir si supera el 5% del monto del contrato, no necesariamente se produce la terminación unilateral del contrato.

Así lo confirma el pronunciamiento jurídico emitido por la Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. 4358 de 19 de octubre del 2011, concluyendo lo siguiente:

“(...) en la suscripción de un contrato entre entidades del sector público, sujeto a régimen especial de conformidad con el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es obligatorio que se incluya en el contrato una cláusula de multas, cuyo valor deberá guardar proporcionalidad con la falta que se sancione, pero que al tenor de artículo 71 de la citada Ley Orgánica, se debe determinar “en relación directa con el monto del contrato”, a fin de que en el evento en que excedan el cinco por ciento de dicho valor y se configure la causal de terminación unilateral según el artículo 3 del artículo 94 de esa Ley Orgánica, la entidad contratante determine la conveniencia

institucional de iniciar el respectivo procedimiento tendiente a la terminación unilateral del contrato.⁴¹

Por otra parte al no existir garantías, sencillamente no podría exigirse su ejecución. Sin embargo al tratarse de fondos públicos y no particulares, las máximas autoridades o sus delegados tendrán que exigir su cumplimiento, justamente por proteger el interés público.

No se puede desconocer que las garantías son los mecanismos más adecuados para tratar en lo posible de asegurar el cumplimiento de las cláusulas contractuales, las mismas que contienen las obligaciones contractuales; es decir sin garantías, legalmente no se puede exigir nada.

El establecimiento de las garantías permite que las entidades contratantes adopten medidas necesarias que obliguen a la partes a cumplir con el contrato, entonces el Estado tiene la responsabilidad de exigir esas garantías como elemento sine qua non del contrato de obras, bienes y servicios, cuando sus contrataciones las realice con particulares o con empresas de la Comunidad Internacional o sus subsidiarias por cuanto son recursos públicos que ingresan en beneficio de otros particulares o Estados.

Sin embargo considero que en este tipo de contrataciones surgen algunas situaciones no previstas por el ordenamiento jurídico, por lo tanto cabe recalcar que no se puede generalizar sino más bien especificar que existen casos tales como:

- 1) Multas que sobrepasan el cinco por ciento (5%) del monto del contrato.
- 2) Incumplimiento del objeto contractual.
- 3) Falta de formalidades.
- 4) Solicitud de prórrogas de plazo por reiteradas ocasiones.
- 5) Suscripción del acta entrega recepción definitiva aunque una de las partes no se encuentre totalmente satisfecha por la obra, bien o servicio obtenido.
- 6) Incumplimiento de los términos de referencia o especificaciones técnicas.
- 7) Otras.

Este tipo de inconvenientes que nacen en los contratos interadministrativos podrían ocasionar posibles delitos contra la administración pública, porque no siempre se sujetan al ordenamiento jurídico, volviéndose en ocasiones un acuerdo entre autoridades

⁴¹ Procuraduría General del Estado, Oficio No. 4358, 19 de octubre de 2011.

para tratar de solucionar el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la mejor forma posible, con el objeto de resguardar el recurso público.

Se cree que la ausencia de garantías entre entidades públicas si genera problemas económicos desde la ejecución del contrato, trayendo como corolario el impedimento del eficiente y efectivo cumplimiento del objeto contractual de la obra, bien o servicio contratado; generando inconvenientes sociales, económicos, políticos y culturales.

Entonces cabe preguntarse ¿Por qué no se exigen garantías en los contratos interadministrativos? Aunque la respuesta sea y suene evidente siendo el Estado, el sujeto comprometido al cual no se le puede exigir garantías, en efecto así lo establece la doctrina y todo el ordenamiento jurídico inmerso, sin embargo hay que reconocer que en la práctica suceden tantas situaciones que la ley no puede resolver y absolver absolutamente todos los problemas jurídicos.

Está claro que en las contrataciones interadministrativas, no exigen garantías porque no se le puede tratar a una de las partes, como un privado, porque éste persigue lucro, además pone en riesgo la utilización de los recursos y en efecto sus objetivos son totalmente diferentes, siendo personales, patrimoniales, a diferencia de una misma entidad pública que en teoría jamás pretendería perjudicar o poner en riesgo el interés público.

Por último, al referirnos a las empresas públicas que participan al menos con el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias pero que pertenecen a los Estados de la Comunidad Internacional. En este sentido hay que tomar en cuenta lo que manifiesta el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Art. 100.- Contrataciones con empresas públicas internacionales.- Las contrataciones que celebren el Estado o las entidades y empresas consideradas en el numeral 8 del artículo 2 de la Ley, con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional, se realizarán de conformidad con los términos y condiciones constantes en los tratados, convenios, protocolos y demás instrumentos internacionales, de haberlos; así como, en acuerdos, cartas de intención y demás formas asociativas; en el caso de no haberse previsto un régimen de contratación específico, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo precedente.⁴²

En estos casos, la situación es diferente porque las contrataciones de obras, bienes y servicios de una entidad pública con otra empresa pública de la Comunidad Internacional o sus subsidiarias, son fondos públicos que pertenecen a dos Estados,

⁴² Ecuador, “Reglamento General del Sistema Nacional de Contratación Pública”, Registro Oficial No. 588 (12 de mayo del 2009), art. 100.

entonces el presupuesto que nace en un Estado se transfiere a otro, en este caso, tampoco se realiza el requerimiento de las garantías, porque así lo establece claramente el artículo 2 numeral 8 de la LOSNCP.

Para aclarar lo mencionado anteriormente, se realizó la entrevista al Abg. Diego Chiriboga⁴³ quien manifestó lo siguiente:

[...] En las entidades públicas internacionales, debe existir una concepción privada. Es un error dar el mismo tratamiento a la empresa pública internacional, por cuanto la concepción de la indemnización es un peligro, porque se llevan el dinero o el trabajo de un país. Por otra parte, las controversias que surjan entre las empresas públicas internacionales, no deberían ser resueltas ante el Tribunal Contencioso Administrativo, sino a través de la mediación, para resguardar el recurso público.

Del mismo modo, hay que precautelar el presupuesto nacional y evitar el riesgo en relación a su efectivo cumplimiento; no se puede dejar de mencionar que las contrataciones dependen de las cláusulas establecidas en el tratado, el convenio, el protocolo o cualquier otro documento suscrito debidamente por las partes. No obstante muchas veces estos instrumentos son suscritos bajo condiciones confidenciales, llevados a cabo por las máximas autoridades o por los representantes o delegados de los países involucrados, es por esto que bajo el contexto descrito, se contrata directamente con una empresa pública internacional específica.

Por consiguiente, se entiende que la contratación de una entidad pública con una empresa pública de la Comunidad Internacional debería ser totalmente distinta, peculiar y ser tratada como una entidad privada, aunque maneje fondos públicos.

Consecuentemente si no cumple con el objeto contractual a plena satisfacción de la entidad contratante, entonces si habrá una grave afectación económica al erario nacional al cual no se podría reclamar de forma rápida y eficaz por su incumplimiento debido a la ausencia de garantías, por lo tanto se considera que es necesario que en este tipo de contrataciones se exijan garantías, no sólo por evitar una amenaza sino más bien por asegurar el efectivo cumplimiento de estos instrumentos jurídicos, porque no podemos correr el riesgo, por el contrario es la oportunidad que tiene el Estado para realizar contrataciones de tal naturaleza de forma segura.

Si las garantías tienen por objeto respaldar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratante y el contratista, no se puede olvidar que lo fundamental es

⁴³ Abg. Diego Chiriboga, Magíster en Derecho Administrativo y abogado en libre ejercicio, entrevistado por la Abg. Valeria Torres, Quito, 8 de febrero del 2017.

satisfacer el interés general, es así como Henry Alexander Mejía expresa lo siguiente en razón de la garantía del interés público: “El procedimiento posibilita el acierto y la oportunidad de la actuación administrativa, permitiendo que la Administración tenga en cuenta todos los intereses, tanto públicos como privados, implicando en su actuación, y evitando que el funcionario actúe de manera irreflexiva o arbitraria.”⁴⁴

En este sentido, el autor considera que el interés público contiene al interés privado y público como tal, por lo tanto es necesario implementar mecanismos adecuados para que los servidores públicos puedan ejecutar su trabajo eficientemente y así impedir el abuso del poder y la arbitrariedad.

Frente a aquellas circunstancias expuestas en líneas anteriores de los contratos interadministrativos, aparecen muchas inquietudes, sin embargo hay que indicar que la Administración Pública no puede ni debe elegir arbitrariamente al futuro contratista, al contrario tiene toda la responsabilidad y la obligación de buscar al mejor candidato, el cual debe ser competente y adecuado para poder cumplir con los objetivos planteados.

2.3.- Ventajas y desventajas de las garantías

En el desarrollo de esta investigación se ha podido conocer las ventajas y desventajas que ofrecen los medios jurídicos como las garantías; así también se logró incrementar la perspectiva que tenía sobre las mismas. Es así como en un inicio pude conocer las diferentes garantías que existen en otros países, tales como España, Colombia y Perú, por cuanto son relevantes y han facilitado su estudio, por su idioma y similitudes existentes, las mismas que se aplican a diferentes e interesantes situaciones, como en el caso de las garantías provisionales para asegurar las ofertas, que en el Ecuador, ya existieron en algún momento o de las garantías aplicables a situaciones especiales para proveedores únicos o incluso conocer que la garantía puede servir como una especie de condicionamiento para contratistas que se encuentran en situaciones de riesgo o peligro frente al futuro contratante.

Sin embargo se debe manifestar que la utilidad que nos ofrece las garantías es excelente, ya que de estos medios jurídicos podemos sacar provecho en beneficio de la sociedad.

⁴⁴ Henry Alexander Mejía, *Manual de Derecho Administrativo*, (San Salvador: Cuscatleca, 2014), 211-12.

En virtud de lo investigado es interesante conocer las ventajas que nos brindan las garantías, entre ellas tenemos:

- 1) Las garantías son documentos jurídicos y habilitantes que permiten la suscripción y ejecución del contrato, generando seguridad.
- 2) Las garantías afirman el compromiso del contratista respecto al cumplimiento del objeto contractual y con ello el cumplimiento de cada una de las obligaciones contractuales.
- 3) Las garantías admiten ratificar el total y efectivo cumplimiento en la ejecución del contrato.
- 4) Las garantías sirven para prevenir situaciones de peligro, riesgo, o situaciones no previstas o la alarma que puedan provocar en la sociedad.
- 5) Las garantías fortalecen la confianza en la Administración Pública.
- 6) Las garantías obligan a cumplir con todas las cláusulas contractuales por situaciones presentes y futuras dentro de los parámetros establecidos en la ley y el reglamento.
- 7) Las garantías permiten ejecutar recaudaciones con mayor facilidad por inobservancia, incumplimiento e insatisfacción de contratante, respecto a los términos de referencia o las especificaciones técnicas establecidos en el contrato.
- 8) Las garantías son medios jurídicos para exigir en el futuro, los posibles daños o perjuicios establecidos en las cláusulas del contrato.
- 9) Las garantías reconocen que puede existir inseguridad frente a situaciones no previstas.
- 10) Las garantías indirectamente generan ahorro porque permiten asegurar el objeto de la contratación y de esta forma evitan el inapropiado gasto público.
- 11) Las garantías permiten principalmente salvaguardar el interés público, que es el fin supremo de la contratación pública.

En cuanto a las desventajas, se considera que en muy escasas situaciones y en casos particulares sucede lo siguiente:

- 1) Las garantías son medios jurídicos que no siempre permiten ejecutar en su totalidad el objeto del contrato, ya sea porque exceden el cinco por ciento (5%) de las multas o porque se torna imposible su cumplimiento, debido a que los

estudios han sido mal hechos, no son completos, definitivos, actualizados, o porque las especificaciones técnicas o los términos de referencia no están acorde con el objeto contractual ya que son improcedentes e inapropiados. En este caso aunque se cuente con ciertas garantías, se complica su ejecución. No obstante hay que recalcar que no constituye una consecuencia negativa propiamente dicha.

- 2) Las garantías son medios que pueden permitir el uso abusivo en casos específicos como por ejemplo en la adquisición de vehículos se exige la garantía técnica, en la cual se solicita el mantenimiento preventivo, correctivo, la vida útil y además se indica la recompra sobre la chatarrización de los vehículos adquiridos, se considera que la recompra es un exceso de su utilidad.
- 3) Las garantías no son exigidas en todo tipo de procedimiento, sin embargo se debe cumplir con ciertos requisitos y condiciones, los mismos que se encuentran establecidos en el ordenamiento jurídico, determinado en el artículo 73 de la LOSNCP.
- 4) A veces pueden ser consideradas como “barreras de acceso” a la contratación pública, por cuanto para obtener una garantía, se exige de forma previa por parte de los garantes o aseguradores, medios económicos y solvencia en el historial de crédito del solicitante; lo cual no siempre existe o es fácil lograr, sobre todo al inicio de las actividades económicas de los proveedores de las micro, pequeñas o medianas empresas.

En este sentido, las garantías no son simplemente documentos que se solicitan con anterioridad para suscribir un contrato, sino son medios jurídicos que permiten asegurar y proteger el bienestar general, más allá de que sean documentos habilitantes, se ha podido identificar que son medios jurídicos de trascendental importancia porque generan una variedad de ventajas que utilizadas de forma apropiada, pueden generar beneficios para el Estado.

En este sentido hay que reconocer que la Administración Pública no siempre tendrá la razón, pero siempre deberá velar por satisfacer las necesidades del país de la mejor forma posible. Evidentemente las garantías permiten salvaguardar el interés público y siguiendo la misma directriz, se entiende que sería imprescindible y de suma importancia considerar la exigencia de garantías cuando existan contrataciones con

empresas públicas de la Comunidad Internacional o sus subsidiarias y a ciertos casos específicos que se determinarán en el siguiente capítulo.

Por consiguiente, con el transcurso del tiempo será factible entender, que aunque tratemos diferente a todos los contratos interadministrativos, no podemos ser indiferentes frente a la real situación que atraviesa nuestro país y que ha sido expuesta en la presente tesis, sobretodo porque hablamos del recurso público que pertenece al mismo Estado y que directa o indirectamente beneficia a todos sus ciudadanos para satisfacer las necesidades del país, buscando el fin único que es el interés público y el cual jamás debería verse afectado o perjudicado.

En definitiva, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General fueron el mejor avance en el ámbito de la contratación pública, sin embargo sería importante que se cuente con una definición de contrato interadministrativo, contenida en el artículo 6 de la LOSNCP; así también es necesario realizar un estudio especializado urgente para reformar y determinar las condiciones a las que deben someterse las contrataciones interadministrativas y el giro específico del negocio, determinadas en el artículo 2 numeral 8 de esta ley; percibiendo que son temas completamente distintos y que su tratamiento debe ser diferente.

Ante lo expuesto, el lector en las siguientes páginas podrá comprender de mejor forma la problemática jurídica desarrollada a través de los casos prácticos que se analizarán a continuación.

Capítulo tercero

Consecuencias jurídicas

En este capítulo se estudiará dos casos prácticos tanto en el ámbito nacional como en el ámbito internacional, debido a que reflejan la necesidad que tienen las entidades públicas ante la ausencia de garantías contractuales.

3.1.- Problemática jurídica frente a la ausencia de garantías en los contratos interadministrativos

En el ámbito de la contratación pública los procedimientos, mecanismos, herramientas y la normativa jurídica han evolucionado y se han acoplado a las necesidades institucionales respecto a la realidad nacional en la cual nos desenvolvemos.

En cuanto a la temática que compete sustentar, existen dos temas de trascendental importancia, es decir por un lado se encuentra el contrato interadministrativo y por el otro se encuentran las garantías.

En este capítulo es imprescindible analizar el artículo 2 numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Al respecto debo indicar que la tratadista Inés María Baldeón analizó el artículo en mención, expresando lo siguiente:

- 1) Por un lado la contratación interadministrativa propiamente dicha que estaría contenida en los dos incisos iniciales del numeral 8 del artículo 2; y, que tiene como particularidad el que tanto los entes contratantes como los contratistas son públicos o manejan recursos públicos mayoritarios.
- 2) Por otro lado la contratación por giro específico del negocio, que pueden realizar como entes contratantes solo las empresas públicas como tales o las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y que estaría prevista en los dos incisos finales del artículo 2 número 8 de la LOSNCP, que, como tal, en mi criterio, se alejaría del criterio propiamente dicho de contratación interadministrativa.⁴⁵

En este sentido, la problemática jurídica que he venido tratando a lo largo de esta investigación, se produce en los dos primeros incisos del artículo 2 numeral 8, cuando se pretende dar el mismo tratamiento a aquellas contrataciones realizadas “con empresas

⁴⁵ Inés María Baldeón, “El Régimen Interadministrativo en la Contratación Pública del Ecuador y su análisis en el Derecho Comparado”, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, No. 10, (junio 2016): 55.

en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias”. Lo que se pretende explicar desde el punto de vista jurídico, es que al tratarse de una empresa pública de la Comunidad Internacional, se sobrentiende que no es una empresa ecuatoriana, sino una empresa extranjera que maneja fondos públicos mayoritariamente, pero que no pertenecen al erario nacional.

En tal virtud, no nos estamos refiriendo al mismo Estado ecuatoriano, sino a dos Estados que tienen características económicas, políticas, sociales, culturales; totalmente diferentes; por lo tanto su condición debería ser otra.

Por otra parte, habría que analizar que bajo la modalidad de contrataciones interadministrativas reguladas en el artículo 2 numeral 8 de la LOSNCP⁴⁶, se ocultan una gran variedad de contrataciones que alteran la esencia de su naturaleza jurídica sobre todo porque generan contrataciones directas, sin solicitar garantías. En el anexo se podrá verificar el detalle de las contrataciones interadministrativas durante el ejercicio fiscal 2015, 2016 y 2017; así como las contrataciones de giro específico del negocio, realizando contrataciones directas sin requerimiento de garantías.

Frente a esta particularidad nacen varias interrogantes y desde esta perspectiva se iniciará con el análisis de dos casos prácticos que se detallan en este capítulo.

El estudio de los procedimientos de contratación pública se desarrollará en ámbitos diferentes; es decir el primero se referirá al ámbito nacional, entre dos entidades públicas y el segundo, en el ámbito internacional, al tratarse de un contrato entre una entidad pública ecuatoriana con una empresa pública de la Comunidad Internacional.

En este apartado se mencionará dos casos prácticos que se consideran importantes como objeto de esta investigación y son:

- 1) Contrato interadministrativo entre la Defensoría del Pueblo y Fabrilfame S.A., el cual tiene por objeto la “Adquisición de uniformes para el personal masculino y femenino que labora en la Defensoría del Pueblo a nivel nacional”.
- 2) Contrato interadministrativo entre el Servicio de Contratación de Obras y China Railway No. 9 Engineering Group Co., Ltd., el cual tiene por objeto la “Culminación de obras para la repotenciación del hospital José María Velasco Ibarra, en la ciudad del Tena”.

⁴⁶ (v. Procedimientos de contratación pública por régimen especial, en el anexo 1, p. 80-88)

Los referidos casos serán examinados detalladamente conforme a la problemática jurídica planteada, con el objeto de generar conclusiones más reales y sobretodo prácticas.

3.1.1.- Análisis del contrato interadministrativo entre la Defensoría del Pueblo y Fabrillfame S. A.

A continuación se estudiará el primer caso práctico, es decir un contrato interadministrativo entre dos entidades públicas ecuatorianas.

- | | |
|-----------------------------|--|
| a) Entidad contratante: | Defensoría del Pueblo |
| b) Entidad contratista: | Fabrillfame S.A. (economía mixta) |
| c) Objeto del contrato: | “Adquisición de Uniformes para el personal masculino y femenino que labora en la Defensoría del Pueblo a nivel nacional” |
| d) Monto del contrato: | USD 56.397,64 |
| e) Monto del anticipo: | USD 39.478,34 |
| f) Fecha del anticipo: | 19 de noviembre del 2012 |
| g) Plazo de ejecución: | 110 días contados a partir de la fecha del anticipo |
| h) Terminación de contrato: | 9 de marzo del 2013 |
| i) Fecha de recepción: | 2 de agosto del 2013 (145 días de retraso) |
| j) Administrador: | Patricio Terán Director Nacional de Recursos Humanos |
| k) Prórroga de plazo: | 15 días (defectos en la materia prima) |
| l) Multas: | USD 1340,86 |
| m) Garantías: | Ausente |
| n) Problemática: | Breve descripción ⁴⁷ |

La información que se despliega a continuación fue solicitada mediante oficio⁴⁸ en la Coordinación General Administrativa Financiera (s) de la Defensoría del Pueblo; acogiendo la documentación más relevante, se indica lo siguiente:

Antecedentes:

- 1) Mediante memorando No. DPE-DNF-2012-1335-M de 24 de septiembre del 2012, la Ing. Verónica Gallegos, Directora Nacional Financiera, certificó que

⁴⁷ “Contrato de adquisición de uniformes para el personal masculino y femenino que labora en la Defensoría del Pueblo a nivel nacional”, entre la Defensoría del Pueblo y Fabrillfame S.A.

⁴⁸ Oficio s/n de 6 de febrero del 2017, dirigido al Coordinación General Administrativa Financiera (s) de la Defensoría del Pueblo.

existe la disponibilidad presupuestaria y el saldo disponible para el proceso de adquisición de uniformes, según constaba en la certificación presupuestaria No. 653 de 21 de septiembre del 2012.

- 2) Mediante certificación PAC No. 050-DNA-2012 de 26 de septiembre de 2012, el Ab. Luis Quezada, Director Nacional Administrativo, certificó la adquisición de uniformes para el personal que labora en la Defensoría del Pueblo, que se encontraba contemplada en el Plan Anual de Contrataciones 2012.
- 3) Con resolución No. 153-DPE-2012-JLA de 4 de octubre del 2012, el Dr. Ramiro Rivadeneira Silva, Defensor del Pueblo, autorizó el inicio del procedimiento de régimen especial y aprobó el pliego para la adquisición de uniformes para el personal masculino y femenino a nivel nacional.
- 4) El 5 de octubre del 2012, la Dirección Nacional Administrativa, invitó a la empresa Fabrilfame S.A., para que presente su oferta dentro del procedimiento de adquisición de uniformes.
- 5) El 10 de octubre del 2012, la empresa Fabrilfame S.A., presentó su oferta en sobre cerrado.
- 6) El 17 de octubre del 2012, la comisión técnica manifestó que la única oferta presentada fue de Fabrilfame S.A., la cual cumple con lo solicitado.
- 7) Mediante resolución No. 189-DPE-2012-JLA de 30 de octubre del 2012, se adjudicó a la empresa Fabrilfame S.A. el contrato de adquisición de uniformes.
- 8) La Defensoría del Pueblo y la empresa Fabrilfame S.A. de fecha 12 de noviembre del 2012, suscribieron el “Contrato de adquisición de uniformes para el personal masculino y femenino que labora en la Defensoría del Pueblo a nivel nacional”, por el plazo de ciento diez días (110) contados a partir de la entrega del anticipo, lo cual según el informe técnico No. IT-DNRH-146-2013 de 23 de octubre del 2013, fue el 19 de noviembre del 2012, por cuanto el plazo para la entrega de la totalidad fue el sábado 9 de marzo del 2013.
- 9) Mediante informe técnico No. 044-DNRH-2013 de 12 de marzo del 2013, se concluyó que la empresa contratista incumplió sus obligaciones contractuales incurriendo en un retraso en la entrega de los uniformes y recomendó aplicar el cobro de las multas hasta la fecha de entrega de los mismos.

- 10) Con memorando No. DPE-DNRH-2013-0337-M d 27 de marzo del 2013, la Dirección Nacional de Recursos Humanos informó al Defensor del Pueblo que la entrega de uniformes se realizaría el 1 de abril del 2013, a las 09h00.
- 11) El 2 de agosto del 2013, la empresa Fabrilfame S.A entregó los últimos uniformes conforme consta en el informe técnico, entendiéndose que a esa fecha la empresa contratista entregó la totalidad de los bienes objeto del contrato.
- 12) En el numeral 13 de las “Consideraciones” del informe técnico se afirma que: “(...) La empresa Fabrilfame, entregó el último uniforme objeto del contrato (del señor Vinicio Esmeraldas), el 2 de agosto del 2013 incurriendo en un retraso de 145 días (calculados desde el 10 de marzo al 2 de agosto del 2013), lo que representaba una multa de \$ 8.234,05 según lo estipula la cláusula correspondiente. Este valor deberá ser descontado del 30% restante que se adeuda a la Empresa, previa acta entrega recepción única, que tendrá los efectos de definitiva, acompañada de la factura respectiva, siempre que los bienes objeto de este contrato se hayan entregado a entera satisfacción de la Defensoría del Pueblo.”
- 13) Con estos antecedentes, la Directora Nacional de Recursos Humanos recomendó la aplicación de una multa al contratista hasta el día en que se suscribió el acta entrega recepción del último informe y la validación del acta de entrega recepción única que contenga entre otros, la liquidación económica y de plazos del contrato, tomando en cuenta las multas y descuentos realizados al contratista, conforme lo dispuesto en los artículos 81 de la LOSNCP y artículos 124 y 125 de su Reglamento General; y que el valor de la multa debería descontarse del 30%, esto es USD \$16.919,29 previa acta de entrega recepción única, la cual deberá estar acompañada de la factura.

Base Legal:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

Art. 70.- Administración del Contrato.— Para conocer las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como también nos permite entender que son los responsables de los hechos, actuaciones y documentación relacionados con pagos, contratos complementarios, terminación del contrato, recepciones, garantías; multas y las sanciones.

Art. 71.- Cláusulas Obligatorias.- En los contratos se deberá incluir obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo.

Las multas deberán ejecutarse por retardo de las obligaciones contractuales, las cuales se encuentran a cargo del Administrador del contrato.

Art. 80.- Responsable de la Administración del Contrato.- El supervisor y el fiscalizador del contrato son responsables de tomar todas las medidas necesarias para su adecuada ejecución.

Art. 81.- Clases de Recepción.- Se indica que en los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, incluidos los de consultoría, existirá una sola recepción.

Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional Contratación Pública:

Art. 116.- Cómputo del plazo de duración del contrato, prórrogas y multas.- En el ámbito de la contratación pública se cuentan todos los días, desde el día siguiente de su suscripción o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en el pliego.

Art. 121.- Administrador del contrato.- En todo contrato, existirá un administrador, quien velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas las obligaciones derivadas del contrato; impondrá las multas y sanciones en caso de incumplimiento y será el responsable hasta la efectiva recepción.

Art. 124.- Contenido de las actas.- Las actas de recepción provisional, parcial, total y definitivas serán suscritas por el contratista y los integrantes de la comisión técnica conformada por un delegado de la máxima autoridad, el administrador del contrato y un técnico que no haya intervenido en el proceso de ejecución del contrato.

Art. 125.- Liquidación del contrato.- En la liquidación económico contable del contrato se dejará constancia de lo realizado, es decir pagos pendientes por cobrar, por recibir o devolver, aplicando los reajustes correspondientes. Podrá también procederse a las compensaciones, de ser el caso.

Criterio de la Procuraduría General del Estado:

La Procuraduría General del Estado, en cuanto a la imposición de multas en contratos entre entidades del sector público, efectuó un pronunciamiento constante en el oficio No. 04358 de 19 de octubre de 2011, ante la consulta: “En la suscripción de un contrato entre entidades del sector público, hasta qué punto es conveniente mantener la multa, considerando que los recursos son estatales y de materializarse, estas se ejecutarían a un presupuesto institucional público y se consignarían en cuenta del presupuesto fiscal” manifestó su criterio en los siguientes términos:

En la suscripción de un contrato entre entidades del sector público, sujeto a régimen especial de conformidad con el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es obligatorio que se incluya en el contrato una cláusula de multas,

cuyo valor deberá guardar proporcionalidad con la falta que se sancione, pero que al tenor del artículo 71 de la citada Ley Orgánica, se deben determinar” en relación directa con el monto del contrato”, a fin de que en el evento en que excedan el cinco por ciento de dicho valor y se configure la causal de terminación unilateral según el numeral 3 del artículo 94 de esa Ley Orgánica, la entidad contratante determine la conveniencia institucional de iniciar el respectivo procedimiento tendiente a la terminación anticipada del contrato.

Análisis:

En el presente caso, la Defensoría del Pueblo suscribe con Fabrilfame S.A., un “Contrato de Adquisición de Uniformes para el personal masculino y femenino que labora en la Defensoría del Pueblo a nivel nacional”, cuyas obligaciones no fueron cumplidas a tiempo ante la entidad contratante. En primera instancia el Gerente General de Fabrilfame S.A., solicitó una prórroga de plazo por 15 días, alegando defectos en la materia prima, tiempo que resultó insuficiente. Posteriormente hubo una recepción parcial de los uniformes, quedando pendientes varios productos, los mismos que fueron entregados en su totalidad ciento cuarenta y cinco (145) días después. Para esto la Defensoría del Pueblo realizó una consulta a la Procuraduría General del Estado sobre la pertinencia de la aplicación de multas, ante la consulta: “[...] En la suscripción de un contrato entre entidades del sector público, hasta qué punto es conveniente mantener la multa, considerando que los recursos estatales y de materializarse, éstas se ejecutarían a un presupuesto institucional público y se consignarían en la cuenta del presupuesto fiscal”.

En respuesta a lo solicitado, la Procuraduría General del Estado señaló: “[...] el porcentaje para el cálculo de las multas lo determinará la Entidad en función del cumplimiento y de la contratación [...]”. Es decir que la misma Administración Pública se encuentra en la facultad de realizar el cálculo de las multas correspondientes en virtud del principio de proporcionalidad y trato justo. Respecto a los bienes que no fueron entregados en su momento y fueron recibidos por la Defensoría del Pueblo mediante la entrega recepción parcial el 1 de abril del 2013; consecuentemente, los uniformes restantes fueron recibidos el 2 de agosto del 2013, para esto se tomó en cuenta como fecha de inicio para la aplicación de la multa proporcional desde el 2 de abril de 2013.

Así también el mismo criterio jurídico vinculante de la Procuraduría General del Estado, expresa lo siguiente:

“[...] procede la aplicación de multas aun cuando se trate de una empresa pública y que la declaratoria de terminación unilateral del contrato constante en el artículo 94 numeral 3 de la LOSNCP, y en las cláusulas décima quinta y décima novena, la misma que es facultativa y no imperativa; en este sentido es procedente la aplicación de multas de manera proporcional sin que medie necesariamente la terminación unilateral y los efectos jurídicos que de ella se deriva. [...]”

En el acta entrega recepción definitiva consta la liquidación y de igual manera el valor de la multa por USD 1340,86 determinado de la siguiente manera:

- 1) 22 días de retraso en la entrega de los uniformes, contabilizados desde el 10 de marzo al 1 de abril (cálculo con base en la totalidad del contrato).
- 2) 123 días de retraso en la entrega de seis ternos de hombre y ocho camisas (cálculo con base en el valor individual del terno y la camisa).

Se considera que en el “Contrato de adquisición de uniformes para el personal masculino y femenino que labora en la Defensoría del Pueblo a nivel nacional”; se puede evidenciar que hubo retraso en la entrega de los uniformes, en un contrato en el cual no se solicitó garantías debido a su naturaleza jurídica, por cuanto fue una contratación entre una entidad pública con una empresa pública, en este sentido se establecieron multas, las cuales superaban el cinco por ciento (5%) del valor del contrato. Por tal motivo se debía aplicar el 1x1000 del valor del contrato por cada día de retraso; que finalmente fueron ciento cuarenta y cinco (145) días en total. Dicho detalle se hizo constar en la liquidación, especificando que fueron veinte y dos (22) días hasta la recepción parcial y ciento veinte y tres (123) días más para la recepción total.

Según el criterio emitido por la Procuraduría General del Estado, la multa debe ser calculada por la Administración Pública en virtud del principio constitucional de proporcionalidad, es decir en razón de los productos que faltaban por recibir, porque al calcularse por el valor total del contrato, evidentemente superaba el cinco por ciento (5%) del monto total del contrato, en este sentido la máxima autoridad o su delgado podría tomar o no la decisión de terminar unilateralmente el contrato, situación que dependerá de varios factores, los mismos que se tomarán en cuenta antes de decidir, por el mismo hecho de ser una decisión *facultativa y no imperativa*.

Por lo tanto, los principios constitucionales de proporcionalidad y de trato justo permitieron realizar el cálculo del porcentaje de las multas acorde al tiempo y a la cantidad, entonces cabe indicar que el establecimiento de las multas permitió en cierta

parte, sancionar el incumplimiento del contrato por retardo culpable al contratista de manera equitativa.

Es así también, que aunque se realicen contrataciones entre entidades públicas ecuatorianas o con empresas públicas que manejen mayoritariamente fondos públicos ecuatorianos, se puede observar que pueden existir actuaciones que no se sujetan al ordenamiento jurídico y que afectan el efectivo cumplimiento del contrato.

En este sentido los principios generales del Derecho ayudaron a esclarecer esta situación, sin embargo en las contrataciones interadministrativas siempre existe mayor cuidado justamente porque se debe salvaguardar el bien común, por lo tanto estos principios han sido las herramientas adecuadas para mejorar la aplicación de las normas jurídicas y solventar los problemas jurídicos existentes.

De esta manera, se debe identificar que en este caso al ser una contratación entre una entidad pública y una empresa pública, las dos ecuatorianas, no se exigieron garantías, tal cual lo menciona el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determinando que: “[...] No se exigirán las garantías establecidas por la presente Ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 de esta Ley.”

En este punto es preciso señalar que en este tipo de contrataciones, en un principio, no existiría riesgo ni pérdida porque una entidad pública ecuatoriana (Defensoría del Pueblo) transfirió los recursos a otra empresa pública ecuatoriana (Fabrillfame S.A.); consecuentemente siguen perteneciendo al Estado ecuatoriano; por lo tanto se deduce que cualquier institución del país siempre trabajará en beneficio de la misma colectividad.

Por otra parte, la exigencia de las garantías en los contratos interadministrativos no es requerida para las contrataciones entre dos entidades públicas que pertenecen al Estado ecuatoriano; sin embargo habría que preguntarse ¿Qué pasa en la actualidad con las contrataciones interadministrativas que no cuentan con garantías? En la realidad existirían algunos escenarios:

- 1.- La entidad contratante debe efectuar el cobro de multas por incumplimiento o retrasos ocasionados en las contrataciones de obras, bienes y servicios, ejecutadas por causas imputables al contratista.

2.- La entidad contratante podría terminar unilateralmente los contratos, pero en la realidad, esto no sucede. Hoy en día el ente contratante debe buscar los medios más idóneos para que se cumpla con la totalidad del objeto del contrato, justamente porque no se trata de recursos personales ni particulares, sino de naturaleza pública y el incumplimiento contractual ocasionaría perjuicio a toda la comunidad. De tal manera que la entidad contratante hasta cierto punto debe esperar la buena voluntad del contratista para que se cumpla con el contrato suscrito, que muchas veces suele ser más factible cuando existen buenas relaciones políticas.

Pero, se debe considerar que las garantías son una obligación accesoria al contrato porque permiten su cumplimiento y se convierten en herramientas fundamentales para exigir su desempeño, aspecto que sin embargo no existe en los contratos interadministrativos.

En efecto, las garantías no son requeridas en las contrataciones interadministrativas, por disposición del artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. No obstante en el caso de existir incumplimientos por causas imputables al contratista se deberá imponer las multas correspondientes de manera proporcional en virtud de los principios constitucionales. Se considera que, dicho proceder es correcto y no va “contra natura” de los contratos interadministrativos, porque dichos incumplimientos o retrasos perjudican económicamente al Estado ya que afectan el cumplimiento de los fines y objetivos previstos en la planificación institucional de la entidad contratante y con ello en la planificación general del país, que consideran a la contratación pública –incluida la interadministrativa- como herramienta eficaz de la política pública.

3.1.2.- Análisis del contrato interadministrativo entre el Servicio de Contratación de Obras y China Railway No. 9 Engineering Group Co., Ltd.

En este apartado presentaré para el estudio correspondiente un contrato celebrado entre una entidad pública ecuatoriana con una empresa pública de la Comunidad Internacional.

Los datos generales de esta contratación son los siguientes:

- a) Contratante: Servicio de Contratación de Obras, SECOB.
- b) Contratista: China Railway No. 9 Engineering Group Co., Ltd.

- c) RUC: 1792391717001
- d) Mandatario del Apoderado general: Sr. Zhou Xiaoyu.
- e) Administrador del contrato: Ing. Douglas Geovanny Jiménez Vallejo Analista
- f) Objeto: “Culminación de obras para la repotenciación del Hospital José María Velasco Ibarra, en la ciudad del Tena”.
- g) Valor de contrato: (USD. 9’330.572,74) más IVA.
- h) Plazo: Doscientos diez (210) días, contados a partir de la firma del contrato.
- i) Apoderado/ R. legal: Dong Wang
- j) Anticipo: 50%
- k) Garantías: Garantía electrónica
Garantía de equipos eléctricos
Garantía hidrosanitaria
Garantía mecánica
Garantía técnica
Garantía de fiel cumplimiento
- l) Problemática: Breve descripción⁴⁹:

La presente información se la obtuvo del portal institucional del SERCOP, siendo de contenido selecto lo siguiente:

Antecedentes:

- 1) Mediante oficio No. SECOB-DG-2016-0021 de 20 de junio de 2016, el Ing. Salvador Jaramillo Vivanco, Director General del SECOB, notificó al Ing. Marcelo González Jiménez, contratista, la decisión de dar por terminado anticipada y unilateralmente el contrato No. CDE-SECOB-007-2013 y el complementario No. SECOB-2015-043⁵⁰ para la “Intervención del Hospital José

⁴⁹ “Contrato de la culminación de obras para la repotenciación del hospital José María Velasco Ibarra, en la ciudad del Tena”, celebrado entre el SECOB y China Railway No. 9 Engineering Group Co., Ltd.

⁵⁰ **Comentario:**

La Ley Orgánica para la Eficiencia de la Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial No. 966 de 20 de marzo del 2017; reformó a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, incluidos los artículos 87, 88 y 89; que redujeron los porcentajes a los contratos complementarios, órdenes de cambio y órdenes de trabajo; siendo en mi criterio una importante reforma, toda vez que los montos totales de los contratos de obras terminaban costando un monto bastante superior del valor inicial; todo esto con el propósito de controlar los contratos complementarios; así como propender a su responsable aplicación.

María Velasco Ibarra, emergencia, laboratorio, imagenología, farmacia, centro quirúrgico, esterilización, centro obstétrico, neonatología, UCI, hospitalización ginecobstétrica, hospitalización pediátrica y clínica, bodega, morgue, cocina, casa de máquinas”, por haber incurrido en las causales 1, 3 y 4 del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

- 2) Mediante resolución No. SECOB-DG-2016-0036 de 26 de agosto de 2016, el Ing. Jorge Molina Pérez, Director General del SECOB, subrogante, resolvió: “Declarar la Terminación Anticipada y Unilateral del contrato No. CDE-SECOB-007-2013 y su complementario No. SECOB-2015-043 para la “Intervención del Hospital José María Velasco Ibarra, emergencia, laboratorio, imagenología, farmacia, centro quirúrgico, esterilización, centro obstétrico, neonatología, UCI, hospitalización ginecobstetrica, hospitalización pediátrica y clínica, bodega, morgue, cocina, casa de máquinas”.
- 3) Mediante comunicación de 04 de octubre de 2016, el Ing. Salvador Jaramillo Vivanco, Director General del SECOB, invitó a la empresa China Railway No. 9 Engineering Group Co. Ltd., con RUC No. 1792391717001, a participar en el procedimiento de contratación para la “Culminación de obras para la repotenciación del hospital José María Velasco Ibarra, en la ciudad del Tena”.
- 4) Mediante oficio No. MINFIN-DM-2016-0419-O de 18 de octubre de 2016, la Econ. Madeleine Abarca, Ministra de Finanzas, subrogante, certificó que se asignará en el presupuesto del año 2017, al Servicio de Contratación de Obras, un valor de USD 4.256.179,34 (Cuatro millones doscientos cincuenta y seis mil ciento setenta y nueve dólares de los Estados Unidos de América, con 34/100) con recursos fiscales, en el proyecto “Mi Hospital”.
- 5) Mediante memorando No. SECOB-CGPGE-DPI-2016-1123-M de 31 de octubre de 2016, el Ing. Luis Gabriel Luna, Director de Planificación e Inversión, remitió al Ing. Edgar Defaz Toapanta, el comprobante de aval de recursos No. 265 para la “Culminación de obras para la repotenciación del hospital José María Velasco Ibarra, en la ciudad del Tena”.
- 6) De conformidad con el artículo 24 de la LOSNCP, el Ing. Edgar Defaz Toapanta, Director Financiero, certificó la disponibilidad de fondos para financiar la “Culminación de obras para la repotenciación del hospital José María Velasco

Ibarra, en la ciudad del Tena”, en la partida presupuestaria No. 55-00-039-001-750108-1501-001-0000-0000 denominada “Hospitales y Centros de Asistencia Social y Salud” contenida en la certificación No. 1949 de 31 de octubre de 2016 por un valor de USD 6.532.670,34 (seis millones quinientos treinta y dos mil seiscientos setenta con 34/100 dólares de los Estados Unidos de América), en el comprobante de avales a contratos No. 265 aprobada el 01 de noviembre de 2016, en el que consta el financiamiento para el ejercicio 2017, por un monto de USD 4.106.249.92 (cuatro millones ciento seis mil doscientos cuarenta y nueve con 92/100 dólares de los Estados Unidos de América).

- 7) De conformidad con la resolución PAC No. SECOB-PAC-2016-035 de 16 de noviembre de 2016, emitida por el Ing. Gabriel Luna Iglón; se verificó en el Plan Anual de Contratación del SECOB, publicado en el Sistema Oficial de Contratación del Estado, se encontró contemplada la contratación “Culminación de obras para la repotenciación del hospital José María Velasco Ibarra, en la ciudad del Tena”.
- 8) Mediante resolución No. RE-SECOB-13-2016-001 de 25 de noviembre de 2016, el Director General del SECOB resolvió: Acogerse al régimen especial determinado en el artículo 2 numeral 8 de la LOSNCP; Autorizar el inicio y aprobar el pliego del presente proceso de régimen especial signado con el código No. RE-SECOB-13-2016, para la “Culminación de obras para la repotenciación del hospital José María Velasco Ibarra, en la ciudad del Tena”, cronograma y presupuesto referencial por un valor de USD \$ 9’330.572,74 (nueve millones trescientos treinta mil quinientos setenta y dos con 74/100 dólares de Estados Unidos de América) más IVA; y un plazo de ejecución de 240 días, contados a partir de la firma del contrato; en consecuencia se invitará a través del portal institucional del SERCOP www.compraspublicas.gob.ec; a la compañía China Railway No. 9 Engineering Group Co. Ltd., con RUC No. 1792391717001, para que presente su oferta técnica y económica.
- 9) Conforme consta del acta No. 3 de 29 de noviembre de 2016, se llevó a cabo la sesión de apertura de oferta, en la que se concluyó que: “El oferente, no envió su propuesta a través del Sistema, por lo cual usted NO podrá continuar con la

adjudicación del proceso”. La Comisión tomó conocimiento de lo evidenciado, motivo por el cual procedieron a elaborar el informe correspondiente.

- 10) El informe de evaluación de la oferta, presentado con memorando No. RE-SECOB-13-2016 de 30 de noviembre de 2016, señaló: “(...) Conforme lo expuesto en el acta No. 3 en la cual se procedió a verificar que la empresa invitada China Railway No. 9 Engineering Group Co. Ltd., no registró su oferta económica en el portal institucional del SERCOP por tal razón esta Comisión Técnica, con fundamento en: a) El numeral 5 de la invitación que establece que: “(...) el precio de la oferta siempre deberá subirse a través del Portal Institucional, hasta la fecha en que se cierre el plazo para la presentación de la oferta. La falta de ingreso del precio de la propuesta en el Portal, será causa de descalificación de la oferta”. b) Numeral 1.17 de las Condiciones Generales del Pliego, que prevé: “La máxima autoridad del Servicio de Contratación de Obras, antes de resolver la adjudicación, podrá declarar desierto el procedimiento, si se produjere alguno de los casos previstos en el artículo 33 de la LOSNCP”. c) Art. 33 de la LOSNCP que determina: “Declaratoria de procedimiento desierto. - La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, declarará desierto el procedimiento de manera total o parcial, en los siguientes casos: [...] b. Por haber sido inhabilitadas todas las ofertas o la única presentada, de conformidad con la ley [...]”. Por lo tanto, resolvió: 1. Descalificar a la oferta presentada por la empresa China Railway No. 9 Engineering Group Co. Ltd., al amparo del numeral 5 de la invitación del Pliego. 2. No continuar con la evaluación de la oferta; y, 3. Recomendar la declaratoria de desierto del procedimiento”.
- 11) Mediante resolución No. RE-SECOB-13-2016-002 de 07 de diciembre de 2016, resolvió declarar desierto el procedimiento de contratación de régimen especial No. RE-SECOB-13-2016, para la “Culminación de obras para la repotenciación del hospital José María Velasco Ibarra, en la ciudad del Tena”, con fundamento en el art. 33 literal b) de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y motivado en las razones expuestas en los considerandos de la resolución.
- 12) Mediante resolución de reapertura No. RE-SECOB-014-2016-001 de 13 de diciembre de 2016, el Director General del SECOB resolvió: “Art. 1.- Acogerse

al régimen especial determinado en el artículo 2 numeral 8 de la LOSNCP para contratar la “Culminación de obras para la repotenciación del hospital José María Velasco Ibarra, en la ciudad del Tena” (...); 2.-Disponer la reapertura del proceso y aprobar el pliego de régimen especial signado con el código No. RE-SECOB-014-2016 (...); 3.-Invitar a través del portal institucional del SERCOP www.compraspublicas.gob.ec, a la compañía China Railway No. 9 Engineering Group Co. Ltd., con RUC No. 1792391717001, para que presente su oferta técnica y económica”.

- 13) Mediante resolución de adjudicación No. RE-SECOB-014-2016-002 de 22 de diciembre de 2016, el Director General del SECOB resolvió: “Acoger la recomendación de la comisión técnica efectuada mediante informe de evaluación de la oferta, y por lo tanto adjudicar a la compañía China Railway No. 9 Engineering Group Co. Ltd. con RUC No. 1792391717001, el contrato de régimen especial, para la “Culminación de obras para la repotenciación del hospital José María Velasco Ibarra, en la ciudad del Tena”, por un monto de USD \$ 9’330.572,74 (nueve millones trescientos treinta mil quinientos setenta y dos con 74/100 dólares de Estados Unidos de América) más IVA; y un plazo de ejecución de 210 días contados a partir de la firma del contrato”.
- 14) Mediante memorando No. SECOB-STC-2016-0046-O de 22 de diciembre de 2016, el Abg. Galo Rafael Coello, Subdirector Técnico de Contrataciones, remitió al Sr. Zhou Xiaoyu la notificación de adjudicación del proceso No. RE-SECOB-014-2016.

Base Legal:

Al respecto se indicará la norma jurídica que rige para el presente caso práctico.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

Art. 70.- Administración del Contrato.– Para conocer las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como también nos permite entender que son los responsables de los hechos, actuaciones y documentación relacionados con pagos, contratos complementarios, terminación del contrato, recepciones, garantías, multas y las sanciones.

Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional Contratación Pública:

Art. 99.- Procedimiento.- Para las contrataciones de las entidades contratantes previstas en el artículo anterior, se observará el siguiente procedimiento:

1. La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado emitirá una resolución en la que conste la conveniencia y viabilidad técnica y económica de la contratación; aprobará los pliegos, el cronograma del proceso; y, dispondrá el inicio del procedimiento especial;
2. Se publicará en el Portal www.compraspublicas.gov.ec la resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante, adjuntando la documentación descrita en el numeral anterior y la identificación de la entidad o empresa invitada, señalando el día y la hora en que fenece el período para la recepción de la oferta;
3. Una vez publicada la resolución, la entidad contratante enviará invitación directa a la entidad o empresa seleccionada con toda la información que se publicó en el Portal www.compraspublicas.gov.ec;
4. En el día y hora señalados para el efecto en la invitación, que no podrá exceder el término de 3 días contados desde su publicación, se llevará a cabo una audiencia de preguntas y aclaraciones, de la cual se levantará un acta que será publicada en el Portal www.compraspublicas.gov.ec;
5. En la fecha y hora señaladas para el efecto, a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec, se procederá a la recepción de la oferta de la entidad o empresa invitada;
6. La máxima autoridad o su delegado, mediante resolución motivada adjudicará la oferta o declarará desierto el proceso, sin lugar a reclamo por parte del oferente invitado.⁵¹

Art. 100.- Contrataciones con empresas públicas internacionales.- Se entiende que en este tipo de contrataciones las entidades o empresas públicas suscriben contratos con las empresas públicas de la Comunidad Internacional bajo los términos y condiciones constantes en los tratados, convenios, protocolos y demás instrumentos internacionales. De no existir algún documento que lo rijan, se aplicará el artículo 99 del RGSNCP.

Análisis:

Este caso denota muchas observaciones que se van a desarrollar a continuación. Al respecto se puede verificar que hubo un procedimiento inicialmente signado con código No. CDE-SECOB-007-2013 y su complementario No. SECOB-2015-043 para la “Intervención del hospital José María Velasco Ibarra, emergencia, laboratorio, imagenología, farmacia, centro quirúrgico, esterilización, centro obstétrico, neonatología, UCI, hospitalización ginecobstetrica, hospitalización pediátrica y clínica, bodega, morgue, cocina, casa de máquinas”, los mismos que culminaron con la terminación unilateral del contrato por incurrir en las causales 1, 3 y 4 de artículo 94 de la LOSNCP.

Por consiguiente para terminar con la obra, se realizó un nuevo procedimiento de contratación pública signado con código No. RE-SECOB-13-2016, para la “Culminación de obras para la repotenciación del hospital José María Velasco Ibarra, en la ciudad del Tena”, en tal virtud la máxima autoridad decidió acogerse a un procedimiento especial

⁵¹ Ecuador, “Reglamento General del Sistema Nacional de Contratación Pública”, Registro Oficial No. 588 (12 de mayo del 2009), art. 100.

con una empresa pública de la Comunidad Internacional y decidió invitar a China Railway No. 9 Engineering Group Co. Ltd., la misma que en primera instancia, no registró la oferta económica en el portal institucional del SERCOP, por lo tanto su oferta fue descalificada, así lo determina el artículo 33 letra b) de la LOSNCP, en concordancia con el numeral 5 de la invitación del pliego. En consecuencia se realizó la declaratoria de desierto de dicho procedimiento.

Posteriormente, se reabrió y se aprobó el pliego para la “Culminación de obras para la repotenciación del hospital José María Velasco Ibarra, en la ciudad del Tena”; con el oferente China Railway N° 9 Engineering Group Co. Ltda., por lo que la comisión técnica recomendó a la máxima autoridad o a su delegado, se adjudique el contrato por el monto de USD \$ 9'330.572,74 (nueve millones trescientos treinta mil quinientos setenta y dos con 74/100 dólares de los Estados Unidos de América) más IVA, el mismo que se encuentra en ejecución.

Hasta este periodo, cabe realizar varias precisiones que se reflejan en la siguiente información:

Tabla 1

Detalle de la contratación inicial del proyecto para la “Intervención del Hospital José María Velasco Ibarra, emergencia, laboratorio, imagenología, farmacia, centro quirúrgico, esterilización, centro obstétrico, neonatología, UCI, hospitalización ginecobstetrica, hospitalización pediátrica y clínica, bodega, morgue, cocina, casa de máquinas”

No.	Detalle	Código del procedimiento	Valor USD	Observación
1	Contrato No. 1	CDE-SECOB-007-2013	6.306.600,00	Terminación Unilateral
2	Complementario	SECOB-2015-043	1.705.775,63	Terminación Unilateral
	TOTAL (INICIAL)		8.012.375,63	

Fuente: Contratos del Servicio de Contratación de Obras SECOB⁵²

Elaboración Propia

⁵² Contratos del Servicio de Contratación de Obras, códigos CDE-SECOB-007-2013; SECOB-2015-043; RE-SECOB-013-2016; RE-SECOB-014-2016.

Tabla 2
Detalle de la contratación final para la “Culminación de obras para la repotenciación del hospital José María Velasco Ibarra, en la ciudad del Tena”

No.	Detalle	Código del procedimiento	Valor USD	Observación
1	Contrato inicial		8.012.375,63	
2	Régimen Especial	RE-SECOB-013-2016	(9.330.572,74)	Desierto
3	Régimen Especial	RE-SECOB-014-2016	9.330.572,74	En ejecución
	TOTAL (FINAL)		17.342.948,37	

Fuente: Contratos del Servicio de Contratación de Obras SECOB⁵³

Elaboración Propia

Por lo descrito con anterioridad se considera importante analizar el valor total que termina costear el Estado ecuatoriano por una obra de carácter social que sirve sin duda alguna para el bienestar de la comunidad; aquella obra costó el valor total de USD **17.342.948,37**; obra que en un inicio solamente se previó que costaría USD 6.306.600,00.

El principal problema surgió cuando el contratista no cumplió en estricto sentido con el contenido del contrato, pues el Estado al disponer de las cláusulas exorbitantes, decidió acogerse a la terminación unilateral del contrato, es decir por incumplimiento del contratista; porque el valor de las multas superaba el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato; y por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito. Razones suficientes, legalmente para decidir el inicio del trámite de terminación unilateral del contrato.

En el caso práctico que estamos analizando, aunque en primera instancia la empresa China Railway No. 9 Engineering Group Co. Ltd., no subió la oferta económica al portal del SERCOP, ya sea porque se le olvidó, desconocía o tuvo inconvenientes al respecto; la máxima autoridad del SECOB nuevamente le vuelve a invitar; ¿Acaso era el único contratista idóneo que podía culminar la obra para la repotenciación del hospital José María Velasco Ibarra, en la ciudad del Tena? Al respecto cada persona podría tener una respuesta diferente, quien calificará desde su perspectiva como acertada o no.

⁵³ Contratos del Servicio de Contratación de Obras, códigos CDE-SECOB-007-2013; SECOB-2015-043; RE-SECOB-013-2016; RE-SECOB-014-2016.

Respecto al desarrollo de este procedimiento de contratación pública; el Servicio de Contratación de Obras entregó un anticipo correspondiente al 50% del monto total del contrato; del cual jamás se requirió de garantía. Como ya se indicó a lo largo de esta investigación; la ley expresamente dispone que: “No se exigirán las garantías establecidas por la presente Ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2.”. Sin perjuicio de dicha disposición normativa, se considera que resulta –por decir lo menos- peligroso entregar un anticipo; que de acuerdo a lo determinado en el artículo 117 numeral 1 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas manda: “Cuando ineludiblemente por excepción deban realizarse pagos sin contraprestación, de acuerdo con lo que dispongan las normas técnicas de presupuesto que dicte el ente rector de las finanzas públicas;⁵⁴” considerándose un crédito que genera interés y un desembolso sin contraprestación efectiva al cual no se le solicitó garantía; ya que el contratista pudo no ejecutar obra alguna, incluso desaparecer y no existía mecanismos reales de coacción jurídica –rápidos y eficaces- para poder exigir el cumplimiento del objeto contractual o al menos la devolución del anticipo entregado.

Sin embargo se les exigió garantía electrónica, garantía de equipos eléctricos; garantía hidrosanitaria; garantía mecánica; garantía técnica; garantía de fiel cumplimiento; siendo esta última, la que más llama la atención porque resulta ilógico pensar que se exija garantía de fiel cumplimiento y no del anticipo. Entonces cabe preguntarse ¿Por qué se exigieron ciertas garantías considerando que bajo la modalidad de régimen especial se exime de aquellas? Justamente ante esta inquietud pretendía llegar con la investigación realizada a lo largo de esta tesis, se considera que la máxima autoridad si tenía temor ante un probable incumplimiento, por lo tanto quiso evitar muchos riesgos presentes y futuros por cuanto no existe los medios para exigir el cumplimiento rápido y eficaz en este tipo de contrataciones.

Al respecto el tratadista y catedrático ecuatoriano Juan Aguirre Rivadeneira expone sobre la Contratación pública ecuatoriana en el acuerdo comercial con la Unión Europea y manifiesta lo siguiente:

En este punto, se debe decir que las contrataciones de régimen especial como “giro específico del negocio” o contrataciones con empresas públicas de la “comunidad internacional” deberán observar un procedimiento público competitivo cuando estén dentro de los umbrales acordados; cumpliendo así a plenitud los principios de libre competencia,

⁵⁴ Ecuador, “Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas”, Registro Oficial Suplemento No. 306, (22 de octubre de 2010), art. 117.

trato justo y transparencia, que, al menos en estos procedimientos de régimen especial, se ha visto muy disminuidos.⁵⁵

Toda regla general es el proceso público competitivo, por cuanto garantiza la debida aplicación de los procedimientos de contratación pública. En esa medida, las contrataciones realizadas con las empresas públicas de la Comunidad Internacional, se considera que no han sido manejadas de la mejor manera, primero porque bajo la modalidad de régimen especial, el país ha sido muy condescendiente frente a este tipo de contrataciones, vulnerando algunos principios, es decir ante un posible incumplimiento y ante la falta de garantías se tendría un resultado catastrófico, afectando directamente el interés público.⁵⁶

En este sentido, aunque en la actualidad la misma Ley Orgánica al Sistema Nacional de Contratación Pública no permite exigir garantías en los procedimientos de contratación pública a realizarse con las empresas públicas de la Comunidad Internacional, se considera que dicho aspecto normativo debería ser reformado ya que sí se debería exigirlos y considerar a dichos proveedores con el mismo trato que se da a los contratistas privados. Así también lo manifestó el Abg. Diego Chiriboga en la entrevista realizada, al indicar que en este tipo de contrataciones se debe salvaguardar el recurso público, el trabajo y el interés público.

Por su parte, el Servicio de Contratación de Obras al exigir la garantía de fiel cumplimiento del contrato, inobservó lo dispuesto en el artículo 73 de la LOSNCP; pero lo hizo como una muestra de la necesidad que tuvo esta entidad pública para proteger no solo la ejecución del contrato sino los recursos públicos en juego.

Al respecto, habría que considerar que la máxima autoridad de cualquier entidad pública se encuentra en la obligación de asegurar la ejecución del contrato; siendo consciente y sensato ante las necesidades de la sociedad en vías de utilizar correctamente el recurso público, lo cual no se lograría si no cuenta con las herramientas jurídicas correspondientes y necesarias.

Ante esta circunstancia en el caso analizado se puede evidenciar que hubo miedo o temor en torno a la ejecución del contrato por parte del contratista, por lo tanto se insiste que las autoridades competentes deberían realizar un análisis exhaustivo sobre el

⁵⁵ Juan, Aguirre Rivadeneira, “Temas contemporáneos de la contratación pública”, *Revista de Derecho FORO*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2017): 39.

⁵⁶ Mario Roberto Molano López, *Transformación de la Función Administrativa, Evolución de la Administración Pública*, (Quito: Fundación Cultural Javeriana, 2005), 79. “el fraude al interés general no solo quiebra la confianza en la relación particular, sino también la confianza pública de la comunidad en las autoridades”

régimen especial, considerando la exclusión de garantías únicamente para contrataciones entre entidades o empresas públicas ecuatorianas.

En efecto, ante un posible incumplimiento existen varias consecuencias que podrían perjudicar al Estado, es decir el dinero que sale del erario nacional e ingresa a otro Estado no se podría recuperar fácilmente, por lo tanto aquel dinero que no ha sido invertido en una obra, bien o servicio, sería una pérdida económica para el país y que no se podría exigir fácilmente o cuya exigencia sería compleja jurídicamente, debido a que se tendría que recurrir a acciones judiciales que permitan el cumplimiento de la obligación y el resarcimiento de daños y perjuicios, retardando el cumplimiento de las mismas.

Así también la entidad contratista pudo contratar a personas para que trabajen para el desarrollo de la obra, bien o servicio, los mismos que pueden ser ecuatorianos o extranjeros, sin embargo al existir incumplimiento, los trabajadores también se podrían ver afectados en sus derechos laborales y en su justo pago, ya que son el sustento económico propio y de sus familias. En efecto habría que preguntarse: ¿Qué pasaría si la empresa pública extranjera desaparece una vez que cobró el anticipo o durante la ejecución del contrato?, ¿Qué pasaría con el anticipo entregado no devengado, con los trabajadores, ante quién podrían reclamar? Ante esta situación podrían surgir cientos de interrogantes adicionales a causa del incumplimiento y debido a estas posibles circunstancias, es necesario exigir garantías contractuales justamente para cumplir con las obligaciones establecidas en el contrato.

Por otra parte, hay que considerar que la normativa jurídica siempre evolucionará conforme surjan las situaciones imprevistas, ante la falencia o la falta de normativa; para esto, sobre todo los operadores del sistema de contratación y los estudiosos de la materia, deberíamos sugerir que en las diferentes instancias que jurídicamente correspondan, se analicen dichos inconvenientes jurídicos para lograr superarlos con el fin de garantizar el bienestar y la seguridad del país y de esta manera lograr contrataciones públicas responsables y eficientes.

3.2.- Propuesta de solución

De manera inicial, se manifestaba que sería importante contar con garantías contractuales en los contratos interadministrativos, para aquellas contrataciones

realizadas entre una entidad pública ecuatoriana con una empresa pública de la Comunidad Internacional o su subsidiaria por cuanto permitiría asegurar las obligaciones contractuales que tiene el contratista frente al contratante. En este sentido el autor Luigi Ferrajoli indica que: “Por garantía se entiende, a un tipo de instituto, que nace del derecho romano, tendiente a asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los correspondientes derechos patrimoniales”⁵⁷. En efecto uno de los propósitos de las garantías sería afianzar el cumplimiento de las obligaciones que tiene el contratista y además tutelar los derechos patrimoniales del Estado ecuatoriano, justamente porque son susceptibles de tener un valor económico y también porque forman parte de los derechos subjetivos; entonces al exigir garantías contractuales, se estaría tutelando aquellos derechos patrimoniales y protegiendo los mismos derechos subjetivos.

Por otra parte, aunque se trate de una contratación interadministrativa, las partes no deberían actuar como cualquier particular, sino más bien proceder conforme a las obligaciones y derechos que recíprocamente asumen entre ellas, siendo la mejor representación y modelo de las contrataciones. Al respecto el autor Claudio Moraga Klenner expresa:

[...] los entes interadministrativos no pueden comportarse como simples particulares, menos aún actuar con mayor libertad como en cualquier otro caso.

Al contrario, debe aseverarse estrictamente que la contratación entre entes públicos se somete a idénticos principios y disposiciones jurídicas que la contratación estatal: legalidad, transparencia, economía y selección objetiva e imparcial del ente administrativo contratante.⁵⁸

Resulta muy útil el razonamiento del autor citado, para respaldar este criterio en el sentido de sugerir que las contrataciones entre una entidad pública ecuatoriana y una empresa de la Comunidad Internacional o su subsidiaria; deberían ser tratadas en un apartado o artículo diferente a las contrataciones interadministrativas entre entes públicos ecuatorianos. Es decir, al contratista público que pertenece a la Comunidad Internacional, debería considerarse como un contratista “particular”, al cual se le debería exigir garantías con el propósito de asegurar la ejecución del contrato suscrito y

⁵⁷ Luigi Ferrajoli, Garantías y Garantismo, <<https://procesalpenal.wordpress.com/2007/11/18/garantias-articulo-de-luigi-ferrajoli/>> Aula Virtual Derecho Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Mar del Plata, fecha de consulta: 30 de marzo del 2017.

⁵⁸ Claudio Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 148.

particularmente para proteger, controlar y garantizar las erogaciones del Estado ecuatoriano.

En efecto, incluso es cuestionable que en ese tipo de contrataciones se opte por una contratación directa no concursiva, pues afecta el régimen competencial⁵⁹ al que deben estar sujetos todos los proveedores interesados; pero aún en el supuesto no consentido de que se mantenga dicho tipo de contratación, al menos se debería sostener la necesidad de exigir la presentación de garantías contractuales que aseguren el cumplimiento de las obligaciones contraídas o en el peor de los casos de la devolución de los anticipos no devengados que permitan proteger tanto los recursos públicos como el interés público, por cuanto la falta de exigencia puede generar problemas jurídicos y económicos perjudiciales para el Estado.

Lo dicho, sin perjuicio de que además, en cualquier tipo de contratación interadministrativa, sea con empresas o entidades públicas ecuatorianas o pertenecientes a la Comunidad Internacional, se debería exigir que el contratista demuestre su idoneidad técnica, legal, financiera y económica para cumplir el contrato a ser adjudicado; por ejemplo: la experiencia en casos análogos, certificaciones sobre la disponibilidad de materiales, equipos, repuestos, bienes, maquinaria, personal, etc., es decir que a través de otros contratos, actas de entrega recepción definitiva; se demuestre que el contratista en efecto cumplió con sus obligaciones a plena satisfacción de la entidad contratante, los mismos que servirían para conocer sobre su trayectoria, experiencia, cumplimiento, etc.; sin dejar de lado la documentación que incentive el ámbito económico, ambiental, social, ético y cultural; y no solo la naturaleza jurídica de los co contratantes.

Bajo esta perspectiva es imprescindible que el SERCOP, como ente rector de la contratación pública debería controlar la fase preparatoria y precontractual para garantizar la idoneidad de los oferentes; así también es ineludible que se realice una reforma en la que se considere la correcta y eficiente ejecución del régimen especial previsto en el artículo 2 número 8 de la LOSNCP, debido a que bajo esta modalidad se encuentran dos temas de trascendental importancia, pero de naturaleza y tratamiento diferente: 1) en primera instancia se encuentran en general, las contrataciones

⁵⁹ **Comentario:**

Las contrataciones entre entidades o empresas públicas con empresas de la Comunidad Internacional deberían observar el régimen competencial, ya que de esta manera se incentiva a que mejoren las actuaciones de la Administración Pública y sobretodo que éstas sean transparentes; así también se evitaría que se generen actos de corrupción y el ineficiente gasto público.

interadministrativas; que tendrían como ente contratante a uno de naturaleza pública perteneciente al Estado ecuatoriano (incluidas las empresas públicas); y como contratista, ya sea a las entidades públicas ecuatorianas; o a las empresas públicas de la Comunidad Internacional o sus subsidiarias; y, 2) en segundo lugar a las contrataciones denominadas de giro específico del negocio, que son realizadas por empresas públicas ecuatorianas como contratantes quienes se encuentran en la facultad de contratar con un contratista “privado”. Al respecto se considera que solo las contrataciones entre públicos ecuatorianos, deberían ser tratadas bajo un régimen de contratación directa y sin la exigencia de garantías; no así en el caso de contrataciones cuyo contratista sea una entidad pública perteneciente a la Comunidad Internacional, o peor aún una entidad privada contratada por una empresa pública ecuatoriana.

En efecto, bajo la modalidad de régimen especial se encuentran un sinnúmero de contrataciones, que de igual forma merecen ser estudiadas, debido a la incorrecta o indebida interpretación que se ha venido dando al régimen especial; y que hasta la actualidad han permitido contrataciones directas inoportunas, dando lugar al ineficiente gasto público y a la corrupción, las mismas que han generado denuncias que merecen ser analizadas por las autoridades competentes para tomar las medidas urgentes y necesarias y poder reformar este procedimiento de contratación en particular.

Por otra parte, el autor Rafael Entrena Cuesta indica que en las contrataciones interadministrativas se tiene que “ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados”⁶⁰ por lo tanto aquel interés público que se ha venido tratando en este estudio, debe ser protegido, asegurado y controlado, a través de los instrumentos jurídicos necesarios que permitan exigir su cumplimiento, más aún cuando exista erogaciones de un Estado a otro; tomando en consideración que el recurso público ecuatoriano se encuentra en juego.

Por todo lo expuesto se considera que se debería reformar el artículo 2 numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, permitiendo separar los 3 supuestos que en ella se contemplan: 1) Por un lado la contenida en los dos primeros incisos, relativa a las contrataciones entre entes públicos ecuatorianos; 2) Por otro lado, para las contrataciones entre una entidad pública ecuatoriana y un contratista público perteneciente a la Comunidad Internacional; y, finalmente las contrataciones de

⁶⁰ Rafael Entrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo, V/2 Organización Administrativa*, (Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1998), 41.

empresas públicas como entes contratantes en ejercicio del giro específico del negocio. Se considera que solo para el supuesto expuesto en el punto 1, podría mantenerse la no exigencia de garantías; pero para los aspectos considerados en los puntos 2) y 3), se deduce que sí se debería exigir dichas garantías, porque en ningún caso los contratistas manejan recursos públicos ecuatorianos, en definitiva si existe peligro inminente ante las erogaciones de tal naturaleza, por lo tanto se debería considerar los riesgos expuestos y tomar las precauciones debidas para hacer buen uso del fondo público, asegurando la ejecución del contrato, los recursos y los posibles riesgos que puedan existir, con el afán de lograr contrataciones públicas responsables en cumplimiento a los principios de la contratación pública y particularmente para resguardar el interés público.

Otro detalle que habrá que considerar es que no solamente las garantías constituyen un mecanismo eficaz para exigir el cumplimiento de obligaciones, también debería exigirse la domiciliación de la empresa pública de la Comunidad Internacional para que se someta a la legislación ecuatoriana y por ende a la sujeción de la autoridad competente jurisdiccional, así como la verificación de documentos previos en la etapa preparatoria y precontractual; que cuente con el RUP, garantizando de tal forma la idoneidad del oferente.

4. Conclusiones y Recomendaciones

Vale la pena señalar que, no existe un estudio profundo sobre las contrataciones interadministrativas sin embargo del análisis realizado se puede distinguir lo siguiente: El concepto de contrato interadministrativo es diferente del convenio interadministrativo; por cuanto la doctrina ha diferenciado a estas figuras jurídicas por los intereses que persiguen cada uno de ellos; en este contexto el contrato interadministrativo tiene un interés distinto, es decir una de las partes contratantes adquiere una obra, bien o servicio a cambio de una contraprestación económica y se diferencia del convenio interadministrativo porque su interés es el mismo, puesto que requiere *coordinar, cooperar, colaborar* o distribuir ciertas competencias entre entidades públicas. Por lo tanto son figuras jurídicas que persiguen fines distintos.

Por otro lado, ya centrándonos en la hipótesis planteada, se concluye que en el Ecuador, existen varios problemas jurídicos derivados de la modalidad de los contratos

interadministrativos puesto que bajo el régimen especial previsto en el artículo 2, número 8 de la LOSNCP se exceptúa la exigencia de presentar garantías contractuales, indistintamente de que se trate de un contratista público ecuatoriano o de un contratista público extranjero; o lo que es peor, de que se trate de un contratista privado de una empresa pública ecuatoriana, en régimen de giro específico del negocio. Al respecto se estudiaron dos casos prácticos, de los cuales se deduce la necesidad que tienen las entidades del sector público ecuatoriano de exigir garantías contractuales justamente para proteger el recurso público nacional.

Las garantías contractuales fueron analizadas conforme al derecho comparado, siendo relevante porque permitió comparar y conocer otros tipos de garantías; es así que se las define como los medios jurídicos que permiten afianzar el cumplimiento de las obligaciones contractuales de carácter patrimonial o económico. Estos instrumentos jurídicos han sido utilizados en el ámbito de la contratación pública para exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales, aunque existen algunos tipos de garantías, en realidad todas pretenden viabilizar la ejecución del objeto contractual de las obras, bienes o servicios adquiridos.

En tal virtud, el ordenamiento jurídico vigente dispone que no se debe exigir garantías, en general en las contrataciones interadministrativas, sin embargo la falta de exigencia en las contrataciones realizadas entre entidades del sector público, empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento o sus subsidiarias y aunque se encuentren amparadas por el artículo 73 de la LOSNCP, consideradas como de régimen especial, a pesar de aquello la falta de exigencia en las contrataciones realizadas sobre todo con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento o sus subsidiarias, así como las contrataciones realizadas en giro específico del negocio por empresas públicas ecuatorianas con contratistas privados, desbordan el concepto de “contratación interadministrativa” y por lo tanto no deberían ser incluidas en lo dispuesto en el artículo 73 de la LOSNCP; pues en mi criterio sí se debería requerir la exigencia de garantías.

Lo expuesto en el párrafo anterior, permitiría que en caso de incumplimiento, se cuente con las herramientas jurídicas necesarias para asegurar la ejecución del contrato o en su defecto, facilitaría su exigencia, sin recurrir a la vía judicial o al procedimiento administrativo de cobro coactivo para la devolución del anticipo entregado o de su incumplimiento; y, así evitar el riesgo de disminuir la capacidad del patrimonio económico del Estado ecuatoriano y evitar afectaciones a los principios de trato justo, seguridad jurídica y de competencia; ya que de no corregirse, podría perjudicar la productividad, el interés público o peor aún dejar en indefensión al Estado ecuatoriano,

El estudio de la problemática jurídica planteada radicó en los dos primeros incisos del artículo 2 numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública frente al artículo 73 del mismo cuerpo legal. Por una parte se analizó el artículo 2 numeral 8 de la LOSNCP y se deduce que en el procedimiento de régimen especial se incluye a un sinnúmero de contrataciones, trayendo a colación las principales: 1) Las contrataciones entre entidades o empresas del sector público ecuatoriano 2) Las contrataciones entre una entidad pública ecuatoriana y una empresa pública de la Comunidad Internacional 3) La contrataciones de giro específico del negocio que realizan las empresas públicas con contratistas privados (si se trataran de contratistas públicos, estaríamos en el régimen previsto en el número 1 anterior). Bajo este contenido, las sugerencias realizadas en la presente investigación se relacionan con el numeral 2 señalado en el párrafo anterior; es decir se considera a las contrataciones públicas ejecutadas con las empresas públicas de la Comunidad Internacional que en calidad de empresas públicas extranjeras disponen de fondos públicos mayoritariamente, las cuales han sido manejadas como contrataciones interadministrativas de manera directa y sin exigirles ningún tipo de garantía. En este sentido, las entidades públicas ecuatorianas requieren proteger el recurso público con el fin de exigir garantías aun cuando la ley actualmente excepciona tal requerimiento. Mis conclusiones están corroboradas sobre la base de un caso práctico analizado, el mismo que reflejó la necesidad que tienen las entidades del sector público para asegurar el cumplimiento del contrato, por lo tanto es importante que la exigencia para este caso en particular sea regulada y requerida en el ordenamiento jurídico; en consecuencia y siguiendo el análisis realizado se considera que el artículo 73 de la LOSNCP tendría que especificar que la excepción de garantías es aplicable únicamente cuando se trate de

contrataciones entre entidades o empresas públicas ecuatorianas y exigir tal requerimiento a las demás contrataciones contenidas en el artículo 2 numeral 8 de la LOSNCP.

Por último, considero que es necesario realizar una reforma de manera urgente, para clasificar y especificar que el procedimiento de contratación pública determinado como régimen especial, sea únicamente para las contrataciones entre entidades o empresas públicas ecuatorianas, excluyendo por completo a los proveedores particulares y proveedores extranjeros, aunque éstos tengan la naturaleza de públicos; con el objetivo de evitar manipulaciones y falsas interpretaciones, que en razón de sus características de directas e inmediatas se ha identificado cientos de contrataciones que transgreden su naturaleza para beneficiar a particulares y extranjeros con los recursos públicos; en afectación del régimen competencial, de concurrencia y de trato justo.

En este contexto, sería importante que la exclusión de garantías sea estrictamente para las contrataciones interadministrativas entre entidades o empresas públicas ecuatorianas. De igual forma también se deberá analizar con detenimiento el giro específico del negocio que ha permitido a las empresas públicas contratar directamente con particulares y sin exigencia de garantías, procedimiento que ha quebrantado la verdadera esencia, no solo de las contrataciones interadministrativas, sino de los principios de competencia, concurrencia y trato justo.

Pese a que se han hecho reformas a la normativa del régimen especial⁶¹, se puede identificar la debilidad de este procedimiento de contratación pública, ante lo cual es imprescindible que se realicen cambios con el afán de requerir garantías en los casos determinados en líneas anteriores, para la protección y optimización del recurso público con el propósito de satisfacer mayores y mejores necesidades; consecuentemente mejorar el estilo de vida de todos los ecuatorianos y lograr contrataciones públicas responsables para beneficio de todos.

⁶¹El régimen especial contenido en el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública s ha sido objeto de las siguientes reformas:

-Fe de erratas en el numeral 8, publicada en el Registro Oficial Suplemento 409 de 22 de agosto de 2008.

-Sustituido por Disposición Final Segunda de Ley No. 0, publicada en el Registro Oficial Suplemento 48 de 16 de octubre de 2009.

-Reformado por numeral 1 del artículo 2 de la Ley No. 0, publicada en el Registro Oficial Suplemento 100 de 14 de octubre de 2013.

- Numeral 10 agregado por Disposición Reformatoria Décima primera de Ley No. 0, publicada en el Registro Oficial Suplemento 332 de 12 de septiembre del 2014.

- En la disposición reformativa quinta de la Ley Orgánica de incentivos para asociaciones público privadas y la inversión extranjera, en el numeral 8, inciso segundo, se elimina el punto y se agrega lo siguiente: “y, los que realicen las empresas de economía mixta en las que el Estado o sus instituciones hayan delegado la administración o gestión al socio del sector privado”

Para culminar con la examinación de los casos prácticos, el primero de ellos entre la Defensoría del Pueblo y Fabrilfame S.A. La empresa pública tuvo que cancelar el valor de \$1340,86 correspondiente a 123 días de retraso en la entrega de seis ternos de hombre y ocho camisas (cálculo con base en el valor individual del terno y la camisa), este valor salió del erario nacional, del cual ninguna persona –natural o jurídica- resarce el daño y perjuicio ocasionado. Una vez que se cumplió con las obligaciones del contrato, se cancelaron los valores pendientes; este procedimiento se archivó y se encuentra en las instalaciones de la Defensoría del Pueblo.

En cuanto al segundo caso referente al Servicio de Contratación de Obras y China Railway, es una contratación que según el portal institucional del SERCOP sigue en etapa de ejecución, al respecto llama la atención que el plazo de ejecución del contrato era de 210 días contados a partir de la firma, plazo que ya feneció. Ante lo expuesto, el lector podrá obtener sus propias conclusiones.

Esto conlleva a reflexionar que la exigencia de garantías en las contrataciones interadministrativas podría evitar innumerables problemas jurídicos a la Administración Pública.

A más de las recomendaciones de reforma normativa, considero importante que el Servicio Nacional de Contratación Pública –SERCOP-, como ente rector de la contratación pública, debería analizar y controlar los procedimientos de régimen especial, en relación a los montos de contratación, desde la fase preparatoria y precontractual, los mismos que no deberían variar cuando se trata del mismo objeto contractual, de manera que se regule el procedimiento y el presupuesto, ya que aunque sean entidades públicas también deben ser controladas; verificado el cumplimiento de los objetivos de eficiencia y eficacia en la contratación pública.

Finalmente, la Contraloría General del Estado también debería controlar, fiscalizar y auditar este tipo de procedimientos, por cuanto es necesario que se vigile la utilización de los recursos públicos en las contrataciones interadministrativas.

Bibliografía

- Aguirre Rivadeneira, Juan. “Temas contemporáneos de la contratación pública”. *Revista de Derecho FORO*. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito. Corporación Editora Nacional. Sede Ecuador. 2017.
- Almeida Cerrada, Marcos. “Los convenios interadministrativos en el derecho italiano”. *Revista de Administración Pública*. No. 163 (enero-abril 2004).
- Baldeón, Carlos. *Sistema Nacional de Contratación Pública Reflexiones Relevantes*. Quito: Grupo Empresarial CEAS, 2012.
- Baldeón, Inés María y Carlos Baldeón. *Sistema Nacional de Contratación Pública Análisis y comentarios sobre los procedimientos de contratación vigentes*. Quito: Grupo Empresarial CEAS, 2015.
- Baldeón, Inés María. “El Régimen Interadministrativo en la Contratación Pública del Ecuador y su análisis en el Derecho Comparado”. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado* No. 10 (junio 2016).
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2004.
- Carvajal, Patricio Ignacio. “Arts. 1437 y 1438 del Código Civil. “Contrato” y “convención” como sinónimos en materia de fuentes de las obligaciones”. *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 34 N° 2, (2007).
- Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.
- Chávez Marín, Augusto Ramón “Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual”.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.
- , *Renegociación y Reconvención de los Contratos Públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.
- Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.
- , *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto del 2008.

- . *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial Suplemento No. 306 de 22 de octubre de 2010.
- . *Reglamento General del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial No. 588 de 12 de mayo del 2009.
- Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1998.
- Escola, Héctor. *Tratado integral de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Depalma, 1977. Citado por Farrando, Ismael. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.
- Escribuela Morales, Francisco Javier. *Todo contratación sector público*. Madrid: La ley, 2011.
- Farrando, Ismael. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.
- Ferrajoli, Luigi. “Garantías y Garantismo.” <https://procesalpenal.wordpress.com/2007/11/18/garantias-articulo-de-luigi-ferrajoli/> Consulta: 30 de marzo del 2017.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá-Lima: Editorial Temis, 2008.
- Herrera Barbosa, Benjamín. *Contratos Públicos*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Limitada, 2004.
- Jaramillo Ordoñez, Hernán. *Manual de Contratación Pública*. Loja: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1996.
- Lamprea Rodríguez, Pedro Antonio. *Contratos Estatales*. Bogotá: Editorial Temis, 2007.
- Mejía, Henry Alexander. *Manual de Derecho Administrativo*. San Salvador: Cuscatleca, 2014.
- Molano López, Mario Roberto. *Transformación de la Función Administrativa, Evolución de la Administración Pública*. Quito: Fundación Cultural Javeriana, 2005.
- Moraga Klenner, Claudio. *Contratación Administrativa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

- Moreno García, Verónica del Pilar. “Contratos Interadministrativos”. Quito. Tesis de Maestría en Derecho Mención Contratación Pública y Modernización del Estado. Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador, 2011.
- Retamozo Linares, Alberto. *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control*. Lima: Jurista Editores, 2009.
- Rodríguez Manrique, Carlos. Las garantías en la ley de contrataciones del Estado. *Revista de Círculo de Derecho Administrativo*.
- Santos Rodríguez, Jorge Enrique. “Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, N° 1, 2009.
- Serrano Alonso, Eduardo. “La confirmación de los negocios jurídicos”. Madrid: Editorial Tecnos, 1976.
- Solís Gozar, Julio Santiago. “Contrataciones con el Estado: Garantías contractuales”. *Philosiusuris*, (s.n.) (2009).
- Valenzuela Jiménez, Luis Fernando. “La contratación interadministrativa en Colombia: una figura frágil de la contratación pública en el modelo neoliberal”, <<http://www.fcenew.unal.edu.co>>, consulta: 20 de noviembre de 2016, 10.
- Vinueza, Víctor Hugo. “Las formas de garantías en la Contratación Pública”. Monografía de Especialización Superior en Contratación Pública y Modernización del Estado, Universidad Andina Simón Bolívar-Ec., Quito.

Anexo

Datos estadísticos obtenidos del Servicio Nacional de Contratación Pública sobre las contrataciones interadministrativas

De conformidad a la información obtenida del Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP- el total de las contrataciones bajo la modalidad de régimen especial correspondiente a los años 2015, 2016 y 2017; este último año corresponde al periodo de enero a julio, además la información hace referencia a las fechas de las respectivas adjudicaciones, publicadas en el portal institucional del SERCOP, reflejando los siguientes datos estadísticos:

Tabla 3
Procedimientos de contratación pública por régimen especial

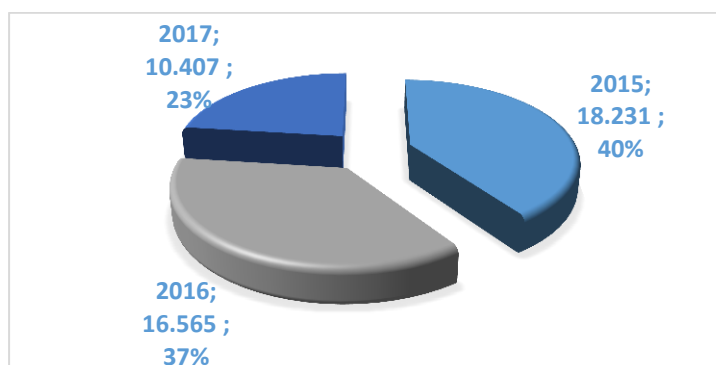
Año	Total de procedimientos publicados
2015	18,231
2016	16,565
2017	10,407
Total	45,203

Fuente: Datos estadísticos del Servicio Nacional de Contratación Pública ⁶²

Elaboración: Propia

Gráfico 1

Porcentaje de los procedimientos de contratación pública por régimen especial



Fuente: Datos estadísticos del Servicio Nacional de Contratación Pública ⁶³

Elaboración: Propia

⁶² Información obtenida del Servicio Nacional de Contratación Pública en respuesta a la solicitud remitida al órgano rector.

⁶³ *Ibíd.*

Tabla 4

Entidades del sector público con mayor cantidad de procedimientos de régimen especial en el ejercicio fiscal 2015

ENTIDAD DEL SECTOR PÚBLICO	CANTIDAD DE PROCEDIMIENTOS
COLEGIO MARCOS OCHOA MUÑOZ	118
CONSEJO PROVINCIAL DE MANABÍ	122
CORPORACION ELECTRICA DEL ECUADOR CELEC EP	179
CORPORACION NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES	138
CUERPO DE BOMBEROS PORTOVIEJO	235
DIRECCIÓN PROVINCIAL DE OBRAS PÚBLICAS DE IMBABURA	241
EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR EP PETROECUADOR	*346
ESCUELA DE LA MARINA MERCANTE NACIONAL	211
ESCUELA SUPERIOR MILITAR DE AVIACION COSME RENELLA BARBATO	105
FABRILFAME S.A.	204
FAE COMANDO GENERAL	160
GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DE LA PROVINCIA DE CHIMBORAZO	108
GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO DE LA PROVINCIA DE ORELLANA	150
GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO DEL CANTON RIOBAMBA	136
GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO	138
GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTON CUENCA	133
GOBIERNO PROVINCIAL DE LOS RIOS	102
HOSPITAL “CARLOS ANDRADE MARÍN” - IESS	118
MUNICIPALIDAD DE GUAYAQUIL	*232
TELEVISIÓN Y RADIO DE ECUADOR E.P. RTVECUADOR	102
UNIDAD EDUCATIVA HISPANO AMERICA	218
UNION CEMENTERA NACIONAL UCEM C.E.M.	*679
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO	144
VICEMINISTERIO DE ACUACULTURA Y PESCA	167
TOTAL GENERAL	4486

Fuente: Datos estadísticos del Servicio Nacional de Contratación Pública⁶⁴

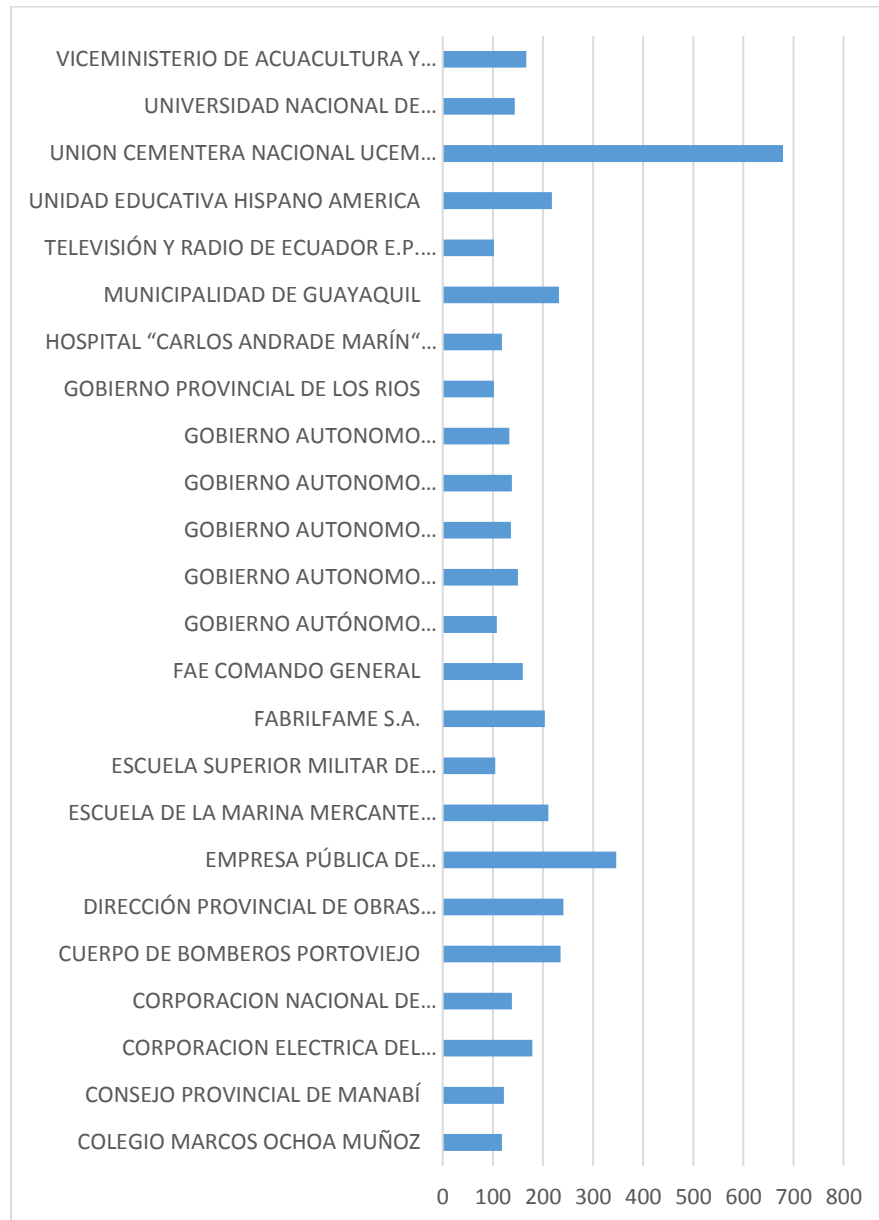
Elaboración: Propia

* Contrataciones destacadas

⁶⁴ Ibíd.

Gráfico 2

Entidades del sector público con mayor cantidad de procedimientos de régimen especial en el ejercicio fiscal 2015



Fuente: Datos estadísticos del Servicio Nacional de Contratación Pública⁶⁵

Elaboración: Propia

⁶⁵ *Ibíd.*

Tabla 5

Entidades del sector público con mayor cantidad de procedimientos de régimen especial en el ejercicio fiscal 2016

ENTIDAD DEL SECTOR PÚBLICO	CANTIDAD DE PROCEDIMIENTOS
COMITE DE FESTEJOS DE CUENCA	105
CONSEJO PROVINCIAL DE MANABÍ	127
CORPORACION ELECTRICA DEL ECUADOR CELEC EP	228
DIRECCION DISTRITAL 01D04 - CHORDELEG - GUALACEO - SALUD	*488
DIRECCION DISTRITAL 02D01- GUARANDA-SALUD	109
DIRECCION DISTRITAL 02D03 -CHIMBO - SAN MIGUEL -SALUD	*361
DIRECCION DISTRITAL 12D02 - PUEBLOVIEJO - URDANETA - SALUD	168
DIRECCION DISTRITAL DE SALUD NO.09D22	140
EMPRESA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE GUAYAQUIL EP - EMAPAG EP	103
EMPRESA PUBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR EP PETROECUADOR	*247
EMPRESA PÚBLICA DE VIALIDAD IMBAVIAL EP	129
EMPRESA PUBLICA FLOTA PETROLERA ECUATORIANA -EP FLOPEC-	157
EMPRESA PUBLICA MEDIOS PUBLICOS DE COMUNICACION DEL ECUADOR - MEDIOS PUBLICOS EP	174
ESCUELA DE LA MARINA MERCANTE NACIONAL	187
FARMACIA MUNICIPAL SANTIAGO DE GUALACEO FARMASAG EP	198
GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO	129
GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTON CUENCA	109
HOSPITAL “CARLOS ANDRADE MARÍN” - IESS	150
INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL	129
MUNICIPALIDAD DE GUAYAQUIL	*240
RED ESCOLAR AUTONOMA RURAL URDANETA	*239
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO	*284
TOTAL GENERAL	4201

Fuente: Datos estadísticos del Servicio Nacional de Contratación Pública⁶⁶

Elaboración: Propia

*Contrataciones destacadas

⁶⁶ Ibíd.

Gráfico 3

Entidades del sector público con mayor cantidad de procedimientos de régimen especial en el ejercicio fiscal 2016



Fuente: Datos estadísticos del Servicio Nacional de Contratación Pública⁶⁷

Elaboración: Propia

⁶⁷ *Ibíd.*

Tabla 6

Entidades del sector público con mayor cantidad de procedimientos de régimen especial en el ejercicio fiscal 2017 (enero a julio)

ENTIDAD DEL SECTOR PÚBLICO	CANTIDAD DE PROCEDIMIENTOS
ACERIAS NACIONALES DEL ECUADOR SOCIEDAD ANONIMA (A.N.D.E.C.)	*483
DIRECCION DISTRITAL 09D07-PASCUALES-1-SALUD	178
EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR EP PETROECUADOR	127
EMPRESA PUBLICA FLOTA PETROLERA ECUATORIANA -EP FLOPEC-	*1302
GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTON OTAVALO	288
TOTAL GENERAL	2378

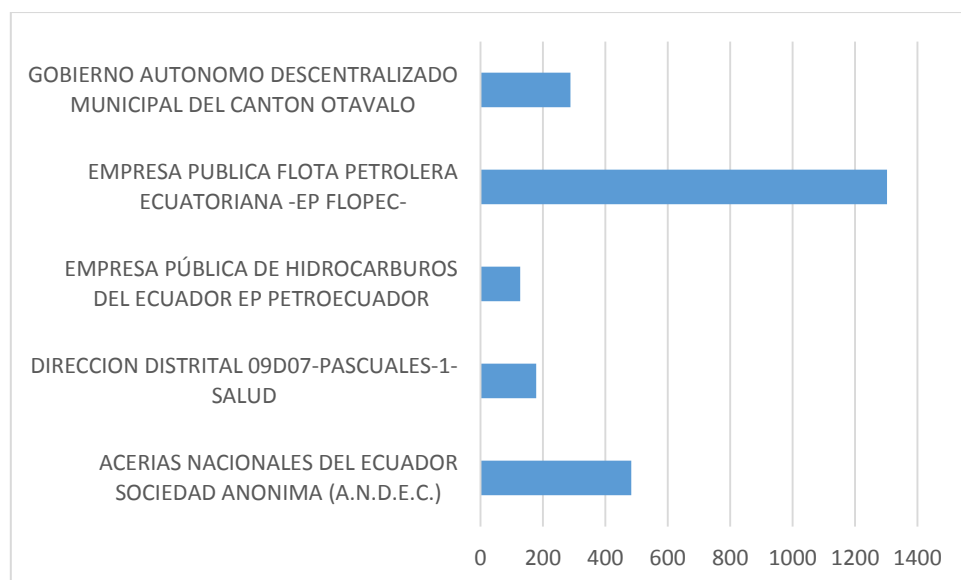
Fuente: Datos estadísticos del Servicio Nacional de Contratación Pública⁶⁸

Elaboración: Propia

* Contrataciones destacadas

Gráfico 4

Entidades del sector público con mayor cantidad de procedimientos de régimen especial en el ejercicio fiscal 2017 (enero a julio)



Fuente: Datos estadísticos del Servicio Nacional de Contratación Pública⁶⁹

Elaboración: Propia

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid.

Tabla 7

Total procedimientos de régimen especial - giro específico del negocio

NOMBRE DE LA ENTIDAD /GIRO ESPECÍFICO DEL NEGOCIO	TOTAL DE PROCEDIMIENTOS
ACERIAS NACIONALES DEL ECUADOR SOCIEDAD ANONIMA (A.N.D.E.C.)	3
ASTILLEROS NAVALES ECUATORIANOS - ASTINAVE EP -	*171
ASTILLEROS NAVALES ECUATORIANOS (ASTINAVE)	2
COMPAÑIA DE CONSTRUCCIONES ECUATORIANO COREANA CONECUAKOR C.E.M.	1
EMMOP-Q	20
EMPRESA PÚBLICA CEMENTERA DEL ECUADOR	*124
EMPRESA PUBLICA CORREOS DEL ECUADOR CDE E.P.	37
EMPRESA PÚBLICA DE ÁRIDOS Y ASFALTOS DEL AZUAY	19
EMPRESA PUBLICA DE CONSTRUCCIONES DEL GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DE SANTO DOMINGO DE LOS TSACHILAS	15
EMPRESA PUBLICA DE DESARROLLO Y CONSTRUCCIONES DEL GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DE NAPO EP-EMPRODECO	2
EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR EP PETROECUADOR	1
EMPRESA PÚBLICA DE VIALIDAD IMBAVIAL EP	*168
EMPRESA PUBLICA FERROCARRILES DEL ECUADOR FEPE	1
EMPRESA PUBLICA FLOTA PETROLERA ECUATORIANA -EP FLOPEC-	*1393
EMPRESA PUBLICA METROPOLITANA DE MOVILIDAD Y OBRAS PUBLICAS	64
EMPRESA PUBLICA MUNICIPAL MANCOMUNADA DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO T SERVICIOS INTEGRALES DE MANEJO DE RESIDUOS SOLIDOS, URBANO Y RURAL DE LOS CANTONES BOLIVAR, JUNIN, SAN VICENTE, SUCRE Y TOSAGUA	16
EMPRESA PÚBLICA PROVINCIAL SANTO DOMINGO CONSTRUYE EP	2
EMPRESA PUBLICA VIAL DEL GOBIERNO PROVINCIAL AUTONOMO DE EL ORO - EMVIAL EP	14
GOBERNACION DE NAPO	4
GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO DE LA PROVINCIA DE ORELLANA	1
GRAN NACIONAL MINERA MARISCAL SUCRE C.E.M.	10
HOSPITAL GENERAL DEL NORTE DE GUAYAQUIL LOS CEIBOS	3
TRANSPORTES NAVIEROS ECUATORIANOS TRANSNAVE	71
UNION CEMENTERA NACIONAL UCEM C.E.M.	*643
TOTAL GENERAL	2785

Fuente: Datos estadísticos del Servicio Nacional de Contratación Pública⁷⁰

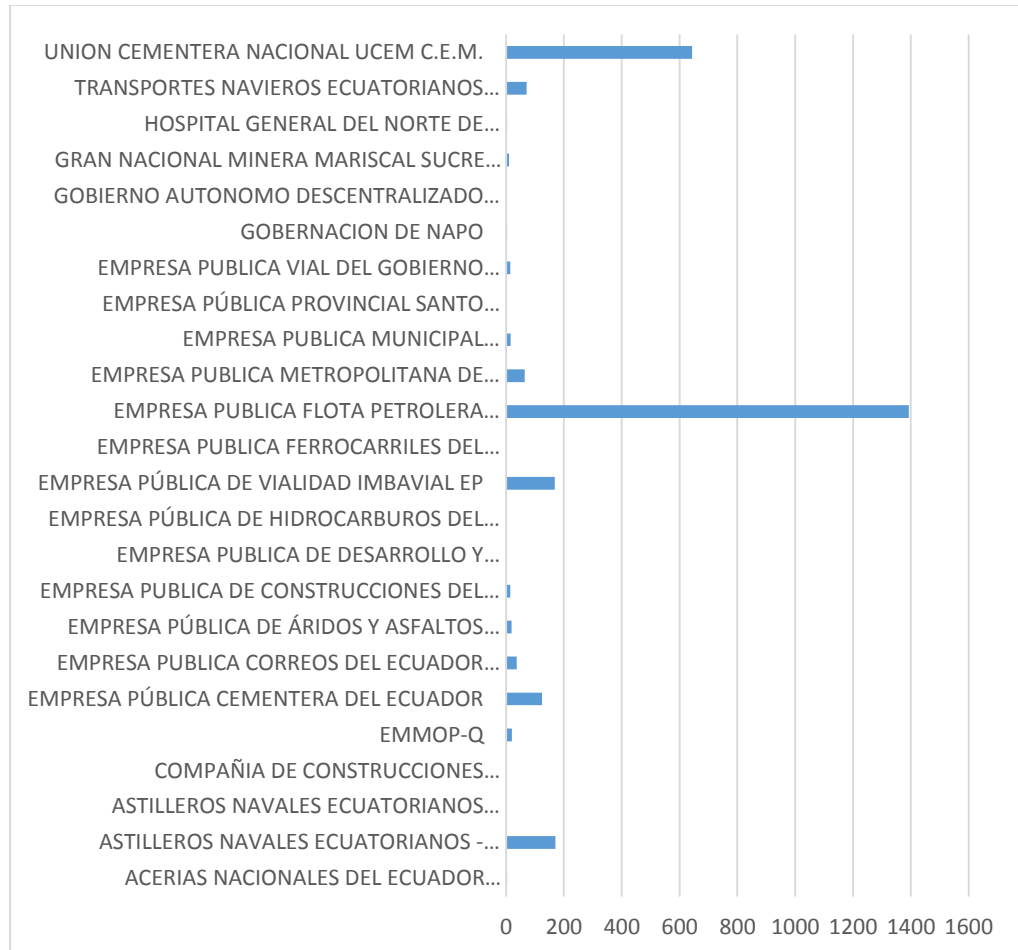
Elaboración: Propia

*Contrataciones destacadas

⁷⁰ Ibíd.

Gráfico 5

Total procedimientos de régimen especial - giro específico del negocio



Fuente: Datos estadísticos del Servicio Nacional de Contratación Pública⁷¹

Elaboración: Propia

⁷¹ *Ibíd.*